

Friedhelm Kieserling

Die erbrechtliche Haftung
des Miterben-Gesellschafters
einer Personengesellschaft
bis zur Nachlaßteilung

1972

1971

Die erbrechtliche Haftung des
Miterben-Gesellschafters einer
Personengesellschaft bis zur
Nachlaßteilung

Inaugural - Dissertation
Zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster
vorgelegt von Friedhelm Kieserling aus Hamm

1972

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 19.11.1971



Kurt Winkhaus zum Gedenken



Gliederung

	Seite
Einleitung	1
1. Teil	
Der Übergang des Anteils an einer Personengesell- schaft auf die Erben	5
I. Die gesetzliche Regelung	5
II. Vertragliche Gestaltung bei Fortsetzung der Gesellschaft	6
1. Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern	6
2. Fortsetzung mit Erben	
a) Kraft Eintrittsklausel	6
b) Kraft Nachfolgeklausel	7
III. Der Erwerb des Gesellschaftsanteils durch Miterben im Falle einer Nachfolgeklausel	8
1. Die Ungeeignetheit der Erben- gemeinschaft zur Mitgliedschaft	8
a) Organisatorische Gründe	10
b) Haftungsrechtliche Gründe	12
c) Der Wortlaut des § 139 HGB	15

2.	Der Übertragungsstatbestand auf den einzelnen Miterben Die Theorien	16 16
3.	Eigene Stellungnahme	20
4.	Die Gegenmeinung	22
5.	Unterschiedliche Vererbung der einzelnen Bestandteile der Gesellschafterstellung?	26
	a) Die Einheit des Gesellschafts- anteils	27
	b) Verkehrsschutz- und Rechts- scheinserwägungen	32
	Z u s a m m e n f a s s u n g	35
2. Teil	Die erbrechtliche Haftung des Miterbengesellschafters	36
1. Abschnitt	Die erbrechtliche Haftungslage des Miterben	36
I.	Die Haftungsprinzipien des Erbrechts	36
1.	Die Interessenlage und die grund- sätzliche Regelung der Haftung	37

2.	Die Mittel der Haftungs- beschränkung	31
II.	Die Haftungsbeschränkung unter Miterben nach § 2059 I BGB	44
1.	Normzweck und Interessenlage des § 2059 BGB	45
2.	Die Folgen der Nachlaßteilung für die Haftung der Miterben	50
3.	Der Teilungsbegriff des § 2059 BGB	53
	a) Teilung als Handlung	54
	b) Teilung als Erfolg	58
	Z u s a m m e n f a s s u n g	61
2. Abschnitt	Die Haftung des Miterben-Gesell- schafters bis zur endgültigen Nachlaßteilung, wenn der Nachlaß aus dem Gesellschaftsanteil <u>und</u> anderen Werten besteht	62
I.	Interessenlage und Problem	62
1.	Die Gesetzeslücke	62

2.	Die gesetzlichen Bewertungs- maßstäbe in § 2059 BGB als Aus- gangspunkt einer Lückenfüllung	65
	a) Die Interessengegensätze nach dem Erbfall	66
	b) Das Gleichgewicht der Rechte in § 2059 I und II BGB	66
II.	Die Lösungsvorschläge	69
1.	Erweiterte Anteilspfändung	69
2.	Verwaltungshaftung gemäß §§ 1978, 667 BGB	70
3.	Unmittelbare Vollstreckung in den geteilten Gegenstand	72
III.	Kritik der Meinungen	72
1.	Erweiterte Anteilspfändung	72
	a) Die Rechte des Pfändungspfand- gläubigers eines Erbanteils	72
	b) Logische Bedenken gegen den Zugriff im Wege der Erbteils- pfändung	73
	c) Praktikabilitätsbedenken	75

2.	Die Verwaltungshaftung gemäß	
	§§ 1978, 667 BGB	76
	a) Systematische Verwandtschaft der Haftungsbeschränkung aus §§ 1990, 1991 und 2059 BGB	77
	b) Tatbestandsfragen	78
	c) Inhaltskontrolle des Anspruchs aus §§ 1978, 667 BGB	82
	(1) Der Inhalt des Anspruchs im Regelfall: Rückgabe	82
	(2) Der Anspruchsinhalt bei Gesellschaftsbeteiligungen	83
	(a) Mangelnde Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils	83
	(b) Ersatzweise Abtretung der ver- mögensrechtlichen Ansprüche	84
	(c) Konsequenz: Wertersatzpflicht für die geteilte Gesell- schaftsbeteiligung	87
	(3) Die Wertersatzhaftung nach § 1978 BGB	89
	(a) Mangelnde Verwertbarkeit der Gesellschaftsbeteiligung führt zur Inanspruchnahme des Eigen- vermögens	89
	(b) Subsidiarität der Haftung aus §§ 1978, 667 BGB ?	92
	(aa) Riesenfelds Erwägungen	93
	(bb) Die Automatik der Teilung als Rechtfertigung einer Subsidiarität?	96

d)	Praktikabilitätserwägungen zur Haftung aus §§ 1978, 667 BGB	98
	(1) Problematik und Meinungsstand	99
	(2) Notwendigkeit einer Pfändung zur Klärung der Rangfolge der Gläubiger	100
	(3) Konsequenz der Pfändung: Weitere Klage	102
3.	Unmittelbar Vollstreckung in den geteilten Gegenstand	105
	a) Vorteile gegenüber der Anteilspfändung	106
	b) Vorteile gegenüber der Verwaltungshaftung	108
	c) Wahrung des Gleichgewichts der Rechte	109
	d) Schutzrechte für die Gesellschafter-Miterben gegenüber der Vollstreckung in den Gesellschaftsanteil ?	113
	(1) Zahlung durch die Gesellschaft	114
	(2) Subsidiarität gemäß § 135 HGB	115
	(3) Ausdehnung der Subsidiarität aus § 135 HGB auf die BGB-Gesellschaft ?	117
	(4) Wertablösungsrecht des Mit-erbengesellschafters ?	119
	(a) Gesetzliche Regelung ver- gleichbarer Interessenlagen: §§ 1973 II 2, 1974, 1989, 1991	121
	(b) Zeitpunkt der Bewertung des Gesellschaftsanteils für die Ablösung	125

(c)	Die Höhe des Ablösungsbetrages	130
(d)	Die Durchsetzung des Wert- ablösungsrechts durch den Miterben-Gesellschafter	134
(e)	Die Rechtslage nach der Ablösung	137
Z u s a m m e n f a s s u n g		140
3. Abschnitt	Die Haftungslage des Miterben- gesellschafters, wenn der Gesell- schaftsanteil <u>einzig</u> er Nachlaß- bestandteil ist	141
I.	Interessenlage und Problem	141
II.	Lösungsvorschläge	143
1.	Börners Vorschlag	143
2.	Andere Wege	144
	a) Haftungsbeschränkung auf das Erlangte	145
	b) Teilschuld nach der Erbquote	147
3.	Erweiterung der Nachlaßverwaltung als Ausweg	149
	a) Das Verhältnis zwischen § 2059 I und § 2062 BGB	

b) Die Gründe des Verwaltungsver-	
bots nach Teilung	152
c) Die Gründe für den gemeinschaft-	
lichen Antrag nach § 2062 BGB	153
d) Nachlaßverwaltung auch auf	
Gläubigerantrag	154
e) Unbeschränkte Haftung einzelner	
Miterben	156
 4. Schutz des unbeschränkt haftenden	
Miterben analog § 2059 I 2 BGB ?	158
 Z u s a m m e n f a s s u n g	161
 Anhang	162
Ergebnisse	164

Abkürzungen nach Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechts-
sprache, 2. Auflage Berlin 1968

Literaturverzeichnis

Materialien

M u g d a n, B. Die gesamten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch V. Band Erbrecht,
Berlin 1899

Kommentare

a) Zum HGB

B a u m b a c h - D u d e n Handelsgesetzbuch,
18. Auflage, München/Berlin 1968

D ü r i n g e r - H a c h e n b u r g Kommentar zum
HGB, II. Bd., 2. Hälfte, erläutert von Julius
Flechtheim, 3. Auflage Mannheim - Berlin -
Leipzig 1932

Schlegelberger - Geßler Kommentar
zum HGB, II Bd., 4. Auflage Berlin/Frankfurt 1963

Weipert, Otto Kommentar zum HGB (früher
RGR-Kommentar) II Bd., 2. Auflage Berlin 1950
Zitiert: Weipert oder RGRK-HGB

b) Zum BGB

Ermann - Bearbeiter Handkommentar zum BGB
2 Bände, 4. Auflage Münster 1967

Palandt BGB, 28. Auflage 1969,
30. Auflage 1971 München/Berlin

Planck's Kommentar zum BGB, Band V Erbrecht
bearbeitet von Flad u.a. 4. Auflage
Berlin/Leipzig 1930

Reichsgerichtsräte Kommentar
zum BGB, 11. Auflage im Erscheinen, Berlin,
1959 ff
Zitiert: RGRK - Bearbeiter

Soergel - Siebert BGB, 9. Auflage
Band V, 1961; 10. Auflage Band III 1969 Stuttgart

v. S t a u d i n g e r BGB, 11. Auflage im
Erscheinen 1954 ff, 9. Auflage 1928,
Berlin, Erbrecht bearbeitet von Herzfelder

W i l k e Reatz, Koffka, Neumann,
Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band 5, Erbrecht,
Berlin 1900
Zitiert: Wilke

c) Zur ZPO

B a u m b a c h - L a u t e r b a c h ZPO, 30. Auflage
1970

S t e i n - J o n a s - P o h l e ZPO, 19. Auflage
im Erscheinen, Tübingen 1964 ff

Lehr- und Handbücher

B a r t h o l o m e y c z i k, Horst Erbrecht 8. Auflag
München / Berlin 1968
Zitiert: Bartholomeyczik

B r o x, Hans Erbrecht, Köln / Berlin /
Bonn / München 1966

- C o s a c k - M i t t e i s Lehrbuch des Bürger-
lichen Rechts 2. Band 2. Abteilung 7./8. Auflage
Jena 1924
- C r o m e, Carl System des deutschen
bürgerlichen Rechts, Band 5, Tübingen 1912
- E n d e m a n n, F. Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechts, Band 3, 3. - 5. Auflage, Berlin 1899
- E n n e c c e r u s -
- K i p p - C o i n g Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechts, Band 5 (Erbrecht), 12. Auflage, Tübingen
1965, Zitiert: Kipp-Coing
- L a n g e, Heinrich Erbrecht, München/Berlin 1962
- S t r o h a l, Emil Das deutsche Erbrecht,
Band II, 2. Auflage, Berlin 1904
Zitiert: Strohal
- W e s t e r m a n n - S c h e r f - P a u l i c k -
Bulla - Hackbeil, Handbuch der Personengesell-
schaften, Köln 1967
Zitiert: Westermann Handbuch

W e s t e r m a n n, Harry Sachenrecht, 5. Auflage,
Karlsruhe 1966

Monographien und Dissertationen

B e h r e n s, Peter OHG und erbrechtliche Nach-
folge, eine rechtsvergleichende Untersuchung,
Hamburg 1969

B i n d e r, Julius Die Rechtstellung des Erben
nach dem deutschen BGB, Teil I - III Leipzig
1901 - 1905

B o d e, Siegmund Der Irrtum über die Person des
fortsetzungsberechtigten Gesellschafter-Erben bei
der offenen Handelsgesellschaft
Dissertation Hamburg 1969

B o e h m e r, Gustav Einführung in das Bürgerli-
che Recht, 2. Auflage 1965, Tübingen
" Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927

d e B o o r, H.O. Die Kollision von Forderungs-
rechten 1928 Berlin / Wien

- E m m e r i c h, Lutz Zur Stellung des Gläubigers
im Recht der Personengesellschaften des Handels-
rechts: Die Pfändung des "Gesellschaftsanteils"
eines persönlich haftenden Gesellschafters.
Dissertation Frankfurt/Main 1970
- G o r é - Francois u.a. Nachfolge in Anteile an Per-
sonenhandelsgesellschaften auf Grund Gesellschafts-
vertrages oder Erbrechts im französischen, amerika-
nischen, englischen und deutschen Recht. Berichte
in der Arbeitssitzung der Fachgruppen für ver-
gleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anläß-
lich der Tagung für Rechtsvergleichung in Regens-
burg vom 24. - 27.9.1969; Frankfurt/Main - Berlin:
Metzner 1970, (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 46).
- H e l l w i g, Konrad Anspruch und Klagerecht
Jena, 1900
- H u b e r, Ulrich Vermögensanteil, Kapital-
anteil und Gesellschaftsanteil an Personengesell-
schaften des Handelsrechts Heidelberg 1970
- H u e c k, Alfred Das Recht der offenen
Handelsgesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1964
Zitiert: Hueck

- K i r c h m a n n, Julius von Die Wertlosigkeit der
Jurisprudenz als Wissenschaft, Vortrag 1848,
Darmstadt 1969
- K r e B, Hugo Die Erbengemeinschaft,
Jena, 1903
- K ü s t e r, Erwin Gesellschafternachsfolge
und Erbengemeinschaft bei der Offenen Handelsgesell-
schaft Dissertation Tübingen 1968
- L a n g e, Heinrich und K a r p e u.a. Die Regelung
der Erbenhaftung, 3. Denkschrift der Akademie
für Deutsches Recht, Tübingen, 1939
Zitiert/ Lange-Karpe
- L a n g e, Heinrich Erwerb, Sicherung und
Abwicklung der Erbschaft, bearbeitet von
Bartholomeyczik u.a, 4. Denkschrift der
Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1940
- P a r r, Klaus-Jürgen Die Nachfolge der
Erben in eine offene Handelsgesellschaft im Hin-
blick auf die Pflichtteilsberechtigten, Disser-
tation Köln 1965

- P r a s c h, Elmar Die unmittelbare Nachfolge
der Erben in die Mitgliedschaft eines offenen
Handelsgesellschafters, Dissertation München 1960
- R a u c h, Horst Die Rechtsnachfolge beim
Tode eines Personalgesellschafters, Dissertation
Würzburg 1965
- R i e s e n f e l d, G. Erbenhaftung Band I 1916,
Band II 1919, Berlin
- R o k a s, Nikolaos Die Teilhaberschaft an der
Offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung
Berlin 1965
- R o l o f f, Wolfgang Der Scheinerbe eines Personen-
gesellschafters, Dissertation Münster 1969
- S ä c k e r, Franz-Jürgen Gesellschaftsvertragliche
und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmit-
gliedschaften, Bad Homburg 1970
- S c h m i t z - H e r s c h e i d, Friedhelm Die
Unternehmernachfolge in der oHG von Todes wegen,
Berlin 1969

- S i b e r, Heinrich Haftung für Nachlaßschulden
nach geltendem und künftigem Recht
Berlin / Leipzig 1937
- S i e b e r t, Wolfgang Gesellschaftsvertrag und
Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft,
Vortrag vom 2.7.1954, 3. Auflage, Karlsruhe 1958
Zitiert: Siebert, Vortrag
- W e s t e r m a n n, Harry Interessenkollisionen und ihre
richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten
an Fahrnis und Forderungen
Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft
Karlsruhe am 23.4.1954, Karlsruhe 1954
Zitiert: Westermann Interessenkollisionen
- W i e s m a n n, Heinz Die Vererblichkeit der Gesell-
schafterstellung in der Personalgesellschaft
Dissertation Münster 1961
- Z i m m e r m a n n, Klaus Nachfolge in Anteile an Per-
sonengesellschaft auf Grund Gesellschaftsvertrages
oder Erbrechts in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung
Heft 46, herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Be-
richte in der Arbeitssitzung der Fachgruppe für ver-
gleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich
der Tagung für Rechtsvergleichung in Regensburg vom
24. - 27.9.1969, erschienen in Frankfurt/Main 1970;
sh. auch: Goré

Aufsätze

- B ö r n e r, Bodo Die Erbengemeinschaft als
Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft
- Die unbewältigte Erbenhaftung - AcP 166 (1966),
426 - 453
- " Das System der Erbenhaftung, 3. Teil: Sonderregeln
für Miterben JuS 1968, 108
- B r ä c k l e i n, Jürgen Wann ist der Nachlaß
geteilt? NJW 1967, S. 431 f
- B u c h w a l d, Friedrich Das Verhältnis von Erbrecht
und Gesellschaftsvertrag JR 1955, 173 ff
- " Gesellschaftsanteil und Erbrecht AcP 154, 22 ff
(1955)
- D i e t r i c h, Hugo Anmerkung zu RGZ 170, 392
in DR 1943, 808 ff
- E c c i u s Haftung der Erben für
Nachlaßverbindlichkeiten, Teil III
Gruchots Beiträge Bd. 43; 801 (1899)
- E i s e l t, Gerhard Die Vererbung der Be-
teiligung an der offenen Handelsgesellschaft
AcP 158, 319 ff (1959/60)

- E i s e n h a r d t, Ulrich Sonderererbfolge in einen
Gesellschaftsanteil bei der Personalgesellschaft
MDR 1969, 521 - 525
- E m m e r i c h, Volker Die Testamentsvollstreckung
an Gesellschaftsanteilen ZHR 132 (1969) 297 ff
- H a g e n, Otto Die Haftung für Nachlaßver-
bindlichkeiten Jherings Jahrbücher Bd. 42, 43 ff
(1901)
- H u e c k, Alfred Anmerkung zu BGHZ 22, 186 ff
JZ 1957, 222 ff
- K r e t z s c h m a r, Ferdinand Die Haftung für die
Nachlaßverbindlichkeiten unter besonderer Berück-
sichtigung der Beweislast dabei ZBlFG 1915, 325 ff
- L i e b i s c h, Arnold Über die Rechtsstellung der
Erben eines offenen Handelsgesellschafters
ZHR 116, 128 ff (1954)
- M i c h a e l i s, Karl Zur Rechtsstellung der
Gesellschaftererben ZAK DR 1943, 233 ff

- R a a p e, Leo Das Haftungsgestaltungsrecht
des Erben Jherings Jahrbücher Bd. 72, 293 (1922)
- R e i n i c k e, G. u. D. Zur Kollision von Gesell-
schaftsrecht und Erbrecht NJW 1957, 56 ff
- R i t t n e r, Fritz Handelsrecht und Zugewinn-
gemeinschaft (III). Der Zugewinnausgleich
FamRG 61, 512
- R ü t h e r s, Bernd Die privatautonome Gestaltung
der Vererbung des Anteils an einer offenen Handels-
gesellschaft durch eine beschränkte Nachfolge-
klausel AcP 168 (1968) 263 - 285
- S i e b e r t, Wolfgang Die Nachfolge von Todes wegen
in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer
offenen Handelsgesellschaft NJW 1955, 809 ff.
- " Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters
einer offenen Handelsgesellschaft BB 1956, 1126 ff
- S t ö t t e r, Viktor Die Nachfolge in Anteile an
Personengesellschaft auf Grund Gesellschafts-
vertrages oder Erbrechts DB 1970, 525 ff, 573 ff

W e i l e r, Ferdinand Die Rechtsstellung des
Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben
hinsichtlich einer personengesellschaftlichen
Beteiligung DNotZ 1952, 283 ff

W e n d t Die Haftung des Erben
für die Nachlaßverbindlichkeiten AcP 86, 353 ff
(1896)

Z u n f t, Fritz Unklarheiten zu § 139 HGB,
NJW 1957, 1129 ff

Einleitung

Auf Grund gesetzlicher, allerdings nachgiebiger Regelung löst der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die offene Handelsgesellschaft, der Tod eines Komplementärs die Kommanditgesellschaft auf. Aus wirtschaftlichen Erwägungen vereinbaren die Gesellschafter dagegen heute vielfach die Fortsetzung der Gesellschaft und eine Nachfolge des oder der Erben in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen.¹

Der Streit darum, ob mehrere Erben den Anteil des verstorbenen Gesellschafters als Erbengemeinschaft in gesamthänderischer Verbundenheit oder jeder für sich selbständig und geteilt erwerben, ist älter als HGB und BGB. Trotzdem haben die Väter dieser Gesetze nicht die berühmten drei vervollständigenden Worte gefunden, um dadurch ganze Bibliotheken zu Makulatur zu machen.²

¹ Über die Strukturveränderung der heutigen Personengesellschaften gegenüber dem gesetzlichen Leitbild, das aus dem Wirtschaftsleben der Mitte des vorigen Jahrhunderts stammt, vgl. Wiesmann, S. 32/33, 37. Pointiert: "Vom alten Handelsstand ist nichts übrig geblieben, vom alten Handelsrecht alles": Schmalenbach bei Stötter, DB 1970, S. 577 aE FN 71

² Julius von Kirchmann S. 25/26.

Der Bogen der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur spannt sich von der noch unter dem ALR und dem ADHGB ergangenen grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 17.3.1886 ¹ bis zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22.11.1956, ² das die Auseinandersetzung erneut belebt hat. ³ In diesem Urteil hat der Bundesgerichtshof zur Frage der Nachfolge bei der oHG wie das Reichsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur entschieden, eine Erbengemeinschaft könne nicht Mitglied einer verbenden Gesellschaft sein. Jeder Erbe erhalte daher automatisch mit dem Erbfall einen seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil des Gesellschaftsanteils des Erblassers.

Thema dieser Arbeit sind die Konsequenzen, die sich aus der automatischen Aufteilung des Gesellschaftsanteils für die erbrechtliche Haftung des so zum Gesellschafter gewordenen Miterben ergeben. Für diese Haftung und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung ist nach §§ 2059 ff BGB von Bedeutung, ob der Nachlaß geteilt ist oder nicht. Nach § 2058 BGB haften

¹ RGZ 16, 40 ff

² BGHZ 22, 186 - NJW 1957, 18 ff; neuerdings bestätigt durch Urteil des BGH vom 21.12.1970 - II ZR 258/67 -, abgedruckt in DB 1971, 861, 862 und NJW 1971, 1268

³ Das französische, amerikanische und englische Recht haben ähnliche Probleme, wie die Regensburger Tagung für Rechtsvergleichung vom 24.-27.9.1969 zeigte (Tagungsbericht in JZ 1969, S. 806 f, Referate bei Goré u.a.

die Miterben den Nachlaßgläubigern als Gesamtschuldner, so daß jeder von ihnen für die ganze Schuld des Erblassers einzustehen hat, und zwar grundsätzlich auch mit seinem Eigenvermögen. Jeder Miterbe kann jedoch "bis zur Teilung die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat, verweigern" (§ 2059 I 1 BGB). Mit der Nachlaßteilung verliert der Miterbe dieses Verweigerungsrecht, ebenso z.B. das Recht, die Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 2062 BGB). Umgekehrt verlieren die Gläubiger mit der Nachlaßteilung die Möglichkeit, "Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen" (§ 2059 II BGB).

Die Arbeit versucht zu zeigen, welche Konsequenzen der bereits beim Erbfall eintretende automatische Zerfall einer Personengesellschaftsbeteiligung für das an der Nachlaßteilung orientierte System der Miterbenhaftung hat und wie die Kollisionen gelöst werden können. Probleme können sich daraus ergeben, daß die automatische Vollziehung der Teilung des Gesellschaftsanteils vom Teilungsbegriff der erbrecht-

lichen Haftungsvorschriften abweicht. Außerdem kann fraglich sein, ob der dem einzelnen Miterben unmittelbar geteilt zufallende Gesellschaftsanteil zu dem Vermögen gehört, "das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat", das er also vor einem Gläubigerzugriff nach § 2059 I 1 BGB schützen könnte. Schließlich fragt sich, was geschehen soll, wenn die Gesellschaftsbeteiligung den einzigen Nachlaßgegenstand darstellt, so daß es wegen der sofortigen Teilung des Gesellschaftsanteils im Erbfall einen Zustand vor Nachlaßteilung gar nicht geben kann.

Die Untersuchung stellt in ihrem ersten Teil den Meinungsstand zur Vererbung und zur Aufteilung der Gesellschaftsbeteiligung dar. Im zweiten Teil wird zunächst der Fall behandelt, daß neben dem Gesellschaftsanteil noch andere Werte von wirtschaftlicher Bedeutung vorhanden sind. Daran schließt sich die Erörterung der Gestaltung an, daß der Gesellschaftsanteil den einzigen wesentlichen Nachlaßgegenstand darstellt.

1. Teil: Der Übergang des Anteils an einer
 Personalgesellschaft auf die Erben

I. Die gesetzliche Regelung

BGB-Gesellschaft und offene Handelsgesellschaft
enden nach der grundsätzlichen Regelung des Gesetzes
mit dem Tode eines Gesellschafters (§§ 727 BGB,
131 Nr. 4 HGB). Gleiches gilt für den Tod des Kom-
plementärs einer Kommanditgesellschaft (§§ 161 II,
131 Nr. 4 HGB) ^{1/2}. Lediglich der Tod des Kommandi-
tisten löst die Gesellschaft nicht auf (§ 177 HGB).
Die infolge der Beendigung der Gesellschaft notwendig
werdende Liquidation führt regelmäßig zu Vermögens-
einbußen für die Gesellschafter wie für die Erben.
Um die materielle und möglichst auch die personelle
Kontinuität der Gesellschaft zu erhalten, vereinbaren
die Gesellschafter daher vielfach, daß die Gesell-
schaft beim Tode eines von ihnen nicht aufgelöst,
sondern fortgesetzt werden soll.

¹ das englische, amerikanische, französische und
schweizerische Gesellschaftsrecht gehen ebenfalls
von dieser Grundregel aus. Auch in diesen Rechts-
kreisen wird die Gesellschafternachfolge von Todes-
wegen mangels klarer Gesetzesbestimmungen heftig
diskutiert, vgl. Säcker S. 13/14

² Rechtsgeschichtliche Hinweise auf die Grundvor-
stellungen des ALR (Fortsetzung der Gesellschaft)
und des gemeinen Rechts (Auflösung) bei Wiesmann S.13

II. Vertragliche Gestaltung bei Fortsetzung der Gesellschaft

1. Soll die Gesellschaft nur mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden, bleiben die Erben des Verstorbenen außerhalb der Gesellschaft. Sie erwerben lediglich einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen die Gesellschaft auf das Auseinandersetzungs-guthaben (§ 738 I 2 BGB) ¹, sofern dieser Anspruch nicht im Gesellschaftsvertrage ausgeschlossen worden ist ². Mehrere Erben erwerben diesen Anspruch als Erbengemeinschaft nach den allgemeinen Regeln der §§ 2032 ff BGB.
2. Soll die Gesellschaft mit allen, einzelnen oder einem Erben fortgesetzt werden, so bieten sich verschiedene Wege für das Einrücken der berufenen Erben in die Gesellschaft.
- a) Eine sog. Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag gewährt dem oder den begünstigten Erben das Recht, in die Gesellschaft einzutreten. Der oder die Erben werden nicht durch Erbgang Gesellschafter, sondern

¹ vgl. Hueck, oHG § 28 I 1 b

² vgl. Brox, RdNr. 886; Stötter DB 1970, 525

erst durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, dessen Abschluß die Eintrittsklausel sichert ¹.

Der Gesellschaftsvertrag ist daher insoweit, als er das Einrücken der Erben durch eine Eintrittsklausel vorbereitet, ein Vertrag zugunsten Dritter ².

- b) Eine sog. Nachfolgeklausel dagegen bestimmt, daß der oder die Erben unmittelbar mit dem Erbfall ohne weitere Erklärungen dem Erblasser in die Gesellschaft nachfolgen sollen. Sie ist die gebräuchlichste Form der Nachfolgeregelung, weil sie den Gesellschaftern die bessere Gewähr dafür bietet, daß die gewollte Nachfolge auch tatsächlich eintritt ³. Der designierte Nachfolger kann nicht wie bei der Eintrittsklausel noch selbst entscheiden, ob er der Gesellschaft beitrifft oder nicht. Er kann allenfalls die ganze Erbschaft ausschlagen ⁴.

In der Klausel können die Gesellschafter differenzieren, ob von mehreren Erben alle oder nur einzelne oder nur einer Gesellschafter werden soll. In den beiden letzteren Fällen spricht man von

¹ Westermann Hdbuch RdNr. 468 Abs. 2 aE

² Staudinger-Keßler § 727, Anm. 14; Westermann Hdbuch RdNr. 549, Behrens S. 8

³ vgl. Zimmermann S. 64

⁴ Behrens S. 11

"qualifizierter" Nachfolgeklausel gegenüber der allgemeinen Nachfolge aller Erben ¹.

Gegenstand der Untersuchung sollen die Rechtsfolgen sein, die sich beim Anteilsübergang durch Nachfolgeklausel auf mehrere Erben für die erbrechtliche Haftung der Miterben-Gesellschafter ergeben.

III. Der Erwerb des Gesellschaftsanteils durch Miterben im Falle einer Nachfolgeklausel

1. Die Ungeeignetheit der Erbengemeinschaft zur Mitgliedschaft in der Gesellschaft.

Wie sich der Erwerb der Mitgliedschaft des Erblassers durch den oder die zur Nachfolge berufenen Erben rechtlich vollzieht, ist dogmatisch ungeklärt. Die Probleme ergeben sich daraus, daß das BGB für den Übergang von Rechten auf Erben nur die Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB), nicht dagegen ein den Problemen der Wirtschaftsordnung gerecht werdendes gesetzliches

¹ Börner S. 426; Wiedemann S. 162; Stötter DB 1970, 525, 529 spricht hier von "beschränkter Nachfolgeklausel"; "qualifiziert beschränkte Nachfolgeklausel" nennt er den Fall, daß zulasten der ausgeschlossenen Miterben auch Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft ausgeschlossen sind.

Unternehmenserbrecht kennt ¹. Im Falle einer Erbenmehrheit führt die Anwendung der allgemeinen Regeln des BGB zu den Vorschriften über die Erbengemeinschaft mit der gesamthänderischen Gebundenheit aller Miterben (§§ 2032 ff BGB). Die Erbengemeinschaft müßte also Mitglied der Gesellschaft werden. Dieses Ergebnis wird von der weitaus überwiegenden Meinung ² für eine Personengesellschaft als nicht tragbar ³ empfunden, weil:

die Erbengemeinschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit habe und daher nicht als solche am Rechtsverkehr teilnehmen ⁴ könne;

die erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten während des Bestehens der Erbengemeinschaft (§ 2059 I BGB) dem Prinzip der unbeschränkten persönlichen Haftung in der Personengesellschaft widersprüchen ⁵;

¹ Rüthers S. 264; Westermann Hdbuch RdNr. 467

² aus den zahlreichen Nachweisen bei Wiedemann S. 198, FN 1 seien genannt: RGZ 171, 345/349; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 15, § 177 Anm. 5; Weipert (RGRK-HGB) § 139 Anm 25; Hueck, oHG, § 28 II 2 S. 300; Staudinger-Keßler § 727, 21; Soergel-Schultze v. Lasaulx § 727, 20; außerdem ist hinzuweisen auf Westermann Hdbuch RdNr. 515-518; Rokas S. 56, FN 3, 62 ff; Rauch S. 81 ff, 94 ff, Stötter DB 1970, 525, 527; Behrens S. 40 ff; Säcker S. 25/26;

³ die Zusammenstellung der Argumente folgt Westermann, Hdbuch RdNr. 516, Rokas S. 57 u. Rauch S. 82 ff, 84

⁴ Hueck oHG S. 18 u. 300; JZ 57, 222-223; BGHZ 22, 186 ff; Behrens S. 36

⁵ Siebert, Vortrag S. 21; Westermann Hdbuch RdNr. 517 Rauch S. 87, 88

der Wortlaut des § 139 HGB (" ... kann jeder Erbe sein Verbleiben ...") ergebe, daß das Gesetz einen unmittelbar selbständigen Erwerb der Mitgliedschaft jedes Erben und nicht den Eintritt der Erbengemeinschaft voraussetze. ¹

a) Organisatorische Gründe

Der Argumentation, daß die innere Organisation der Erbengemeinschaft, ihre fehlende Rechtspersönlichkeit, ihr grundsätzliches Einstimmigkeitsprinzip bei der Willensbildung (§ 2038 I 1 BGB) und der Verfügung über Nachlaßgegenstände (§ 2040 I BGB) und die daraus folgende Schwerfälligkeit in der Ausübung der Verwaltungsrechte in der Personengesellschaft eine Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft in der Gesellschaft ausschließe, ist entgegenzuhalten, daß eine Erbengemeinschaft ein Handelsgeschäft führen kann ². Dazu ist gewiß keine mindere Aktionsfähigkeit der Gemeinschaft erforderlich als in einer Gesellschaft. Auch eine BGB-Gesellschaft, die regelmäßig auf die

¹ Lange, S. 32 FN 4; Weipert § 139, 25; Zunft NJW 1957, 1130, Rauch S. 89 Prasch S. 55 ff, 58

² h.M., vgl. BGHZ 17, 302 und die Nachweise bei Wiedemann S. 201 FN 3; vgl. Eiselt S. 322; Börner S. 439 FN 48

Dauer am Rechts- und Wirtschaftsleben teilnehmen soll, beruht organisatorisch auf dem Einstimmigkeitsprinzip (§ 709 I BGB) ¹, das abbedungen werden muß, wenn die Gesellschaft beweglicher werden soll (§ 709 II BGB). Außerdem könnten die Erben die Verwaltung des ererbten Gesellschaftsanteils des Erblassers dadurch vereinfachen, daß sie einen gemeinsamen Vertreter bestellen, wie er in § 146 I 2 HGB für die Liquidationsgesellschaft zwingend vorgeschrieben ist. ² Schließlich kann nach heute h.M. eine OHG Mitglied einer anderen OHG sein ³, obwohl die Mitgliedsgesellschaft vertraglich genauso kompliziert organisiert sein kann wie die Erbengemeinschaft kraft Gesetzes. ⁴ Die innere Struktur der Erbengemeinschaft ergibt daher allenfalls eine eingeschränkte Funktionstüchtigkeit dieser Gesamthandsgemeinschaft für die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, nicht aber die prinzipielle Unzulässigkeit. ⁵

¹ vgl. statt aller Palandt-Gramm § 709, 1 a

² Eiselt S. 323; Börner S. 440; Westermann Hdbuch RdNr. 516; Rokas S. 59; Prasch S. 50 oben

³ vgl. Hueck § 2 I 3 a; Weipert § 105, 27 mwN

⁴ Börner S. 439; Eiselt S. 322; Prasch S. 48; vgl. auch Rauch S. 86 Abs. 3

⁵ so auch Börner S. 442 oben; Eiselt S. 323 f; Westermann Hdbuch RdNr. 516 aE; Rauch S. 86 oben

b) Haftungsrechtliche Gründe

Haftungsrechtliche Erwägungen führen dagegen zwingend zur Unzulässigkeit der Mitgliedschaft einer Erben-gemeinschaft in einer Personengesellschaft. Die Ge-sellschafter einer Personengesellschaft haben grund-sätzlich unbeschränkt persönlich zu haften. Das gilt für die OHG und den Komplementär einer KG gemäß §§ 128, 130, 161 II HGB und folgt für den Gesell-schafter einer BGB-Gesellschaft mangels einer § 128 HGB entsprechenden Vorschrift aus §§ 714, 427 BGB.¹ Auch der Kommanditist haftet persönlich und unbe-schränkt mit seinem Vermögen, soweit die Einlage nicht geleistet ist (§ 171 I 1. Halbsatz HGB)². Die Mitglieder einer Erbengemeinschaft dagegen können bis zur Teilung des Nachlasses ihre Haftung auf den Nachlaß beschränken (§ 2059 I) und genießen auch nach der Teilung noch gewisse Privilegien gegenüber den Gläubigern (§§ 2060, 2062 BGB). Selbst der Miterbe, der die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach allgemeinen Regeln (§ 1975: Nachlaßverwaltung

¹ Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor § 705, RdNr. 40; Westermann Hdbuch RdNr. 379

² daß er bei Erbenmehrheit nur pro rata seiner Erb-
quote haftet - so Wiedemann S. 200 unten, Wester-
mann Hdbuch RdNr. 525 Abs. 2 - ändert daran nichts,
da er jedenfalls für diese Quote unbeschränkt
persönlich haftet.

und Nachlaßkonkurs, außerdem Nachlaßvergleich nach § 113 Nr. 4 VgLO) verloren hat, haftet bis zur Teilung nicht in voller Höhe unbeschränkt, sondern nur anteilig entsprechend seiner Erbquote (§ 2059 I 2 BGB). Will man daher das gesellschaftsrechtliche Prinzip der persönlichen Haftung beibehalten, muß man für Gesellschaftsschulden die erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten preisgeben und auch § 2059 I BGB für unanwendbar halten ¹. Damit verliert die in die Gesellschaft eingerückte Gemeinschaft der Nachfolger aber ihren Charakter als Erbengemeinschaft ², der im Hinblick auf die Nachlaßgläubiger gerade von der zwar gesamtschuldnerischen (§ 2058 BGB), aber auf den Nachlaß beschränkbaren Haftung und dem damit geschaffenen Haftungsprivileg geprägt wird.

Läßt man die Beschränkungsmöglichkeiten dagegen gelten, erhält die Personengesellschaft mit der Erbengemeinschaft ein Mitglied mit beschränkbarer Haftung. Diese beschränkbare Haftung kann auf unbe-

¹ So Börner S. 436, 437; Wiedemann S. 200; Eiselt S. 324; Rokas S. 60; Prasch S. 53; wohl auch Behrens S. 39 FN 176

² Westermann RdNr. 517; Bode S. 63

stimmte Zeit andauern, da die Erben nicht zur Teilung verpflichtet sind und mit Rücksicht auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen einer Teilung daran interessiert sein können, die Erbengemeinschaft ungeteilt fortzuführen. Durch diese beschränkte Haftung würden außer den Gläubigern auch die Mitgesellschafter benachteiligt, denen durch die Nachfolge nur beschränkt haftende Partner präsentiert würden. Man könnte erwägen, die neuen Miterbengesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag zu verpflichten, im Falle ihrer Inanspruchnahme auf die Geltendmachung der Haftungsbeschränkungsrechte zu verzichten. Eine solche Regelung hätte aber nur Wirksamkeit im Innenverhältnis der Gesellschafter. Macht ein Gesellschafter vertragswidrig doch Gebrauch von den Haftungserleichterungen des Erbrechts, können ihn seine Mitgesellschafter daran nicht hindern, sondern allenfalls Schadensersatzansprüche stellen.

Der Widerstreit der Haftungsprinzipien des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts kann nur auf Kosten eines von beiden gelöst werden: Da die nachfolgenden

Erben die Haftungsordnung der Gesellschaft vorfinden, haben sie sich ihr einzufügen; eine Erbengemeinschaft mit ihren Privilegien kann es nicht geben. ¹

c) Der Gesetzeswortlaut

Schließlich ergibt der Wortlaut des § 139 I HGB, wonach "j e d e r Erbe sein V e r b l e i b e n" in der oHG oder der KG (beim Erbfall nach dem Komplementär) von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen kann, zwingend, daß eben "jeder Erbe" und nicht die Erbengemeinschaft Mitglied der Gesellschaft geworden ist. ² Wiesmann ³ ist zuzugeben, daß es sich hier um eine Spezialvorschrift aus dem Recht der Handelsgesellschaften - oHG und KG - handelt, die außerdem nicht sagt, w i e der Erbe denn nun Gesellschafter geworden ist.

§ 139 I HGB setzt also das Einrücken "jedes Erben" bereits voraus ⁴. Es muß daher, wie Wiesmann ⁵ richtig folgert, eine Grundnorm geben, die den Übergang von Gesellschaftsanteilen auf den einzelnen Erben ohne Durchgangserwerb der Erbengemeinschaft

¹ vgl. Westermann RZ 517; Rauch S. 87/88

² vgl. Anm. S. 8, Anm. 1 und Westermann Hdbuch RdNr. 518, Bode S. 64

³ S. 138 f

⁴ Schmitz-Herscheidt S. 95; Behrens S. 43; Börner S. 440 vermutet, die Gesetzgeber des HGB seien auf Grund des RG-Urteils von 1886 davon ausgegangen, daß eine Erbengemeinschaft nie Gesellschafterin einer oHG sein könne; Prasch S. 64/65 sieht in § 139 HGB einen echten Übertragungstatbestand, der als Sondernorm §§ 2032 ff BGB vorgehe; dafür reicht der Wortlaut dieser Vorschrift wohl nicht aus.

⁵ aaO

regelt ¹. Wo diese Norm zu finden ist, ist allerdings bis heute ungeklärt. Hier zeigt sich, daß der Gesetzgeber des BGB die Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§ 2032 ff) nicht auf die Sonderprobleme der Vererbung von Mitgliedschaften abgestimmt hat ².

2. Der Übertragungstatbestand auf den einzelnen Miterben

Die Streitfrage, wo der Übertragungstatbestand zu finden ist, der bei mehreren Erben den gesamthandsfreien Übergang des Gesellschaftsanteils auf jeden von ihnen oder im Falle qualifizierter Nachfolge auf einzelne oder nur einen Erben herbeiführt, soll hier nicht vertieft werden. Für die Frage der Einzelnachfolge mehrerer Erben ist sie nicht entscheidend. Die Lösungsvorschläge aus dem fast unübersehbaren Schrifttum ³ seien daher lediglich wie folgt skizziert ⁴:

¹ Wiesmann S. 157 findet dieses Prinzip in der über den Erbfall hinaus andauernden sozialrechtlichen Zweckbindung der Gesellschafterstellung, die ausschlieÙe, daß die Mitgliedschaft der Auseinandersetzung gerichteten Erbengemeinschaft anfalle.

² Rüthers S. 265

³ vgl. die zahlreichen Nachweise bei Wiedemann S. 151 ff

⁴ vgl. die Übersicht bei Rüthers S. 269-275; Stötter DB 1970, 528

- a) "Allgemeine Sondergutstheorie": Der Gesellschaftsanteil ist schon zu Lebzeiten des Erblassers ein Sondergut und fällt als solches nicht in den Nachlaß, sondern unmittelbar an den oder die Nachfolger: Liebisch ¹, Boehmer ².
- b) "Sondergutstheorie analog § 1417 BGB": Die Mitgliedschaft ist wie das eheliche Sondergut bei der Gütergemeinschaft zu behandeln: Wiedemann ³.
- c) "Sondergutstheorie analog § 1483 BGB": Die Mitgliedschaft geht außerhalb des Erbrechts auf die Nachfolger wie bei einer fortgesetzten Gütergemeinschaft des BGB über: Hallermann ⁴, Küster ⁵.
- d) "Theorie der lebzeitigen Verfügung auf den Todesfall": Die Nachfolgeklausel stellt eine lebzeitige Zuwendung des Erblassers an den oder die Nachfolger dar. Der Übergang vollzieht sich zwar erst mit dem Erbfall, aber kraft Rechtsgeschäftes unter Lebenden: Weipert ⁶, Lange ⁷, Brox ⁸, Parr ⁹, Huber ¹⁰.

¹ ZHR 116, 128 ff, 137 ff

² Staudinger-Boehmer, § 1922, Anm. 162

³ S. 205

⁴ Diss. 1954 Münster: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers an einer Personengesellschaft, zitiert nach Wiesmann S. 58 ff

⁵ Diss. 1968; allerdings nur für die personenrechtliche Mitgliedschaft, nicht die Kapitalbeteiligung

⁶ HGB-RGRK 2 (1950) § 139Anm. 15

⁷ § 5 V 3 S. 52

⁸ RdNr. 892 S. 510/511

⁹ Diss. S. 31 ff, 36

¹⁰ S. 451

- e) "Theorie der Sonderrechtsnachfolge": Der Gesellschaftsanteil wird im Wege einer Sonderrechtsnachfolge so vererbt, daß jeder Nachfolger einen seiner Erbquote entsprechenden Anteil erwirbt. Ist nur ein Erbe unter mehreren zur Nachfolge berufen, erwirbt er nur seinen Quotenanteil vom Erblasser. Die übrige Beteiligung wächst den anderen Gesellschaftern an, die sie dem Nachfolger zu übertragen haben: BGH ¹.
- f) "Theorie der Sondererbfolge": Analog dem Höfe- und Heimstättenrecht tritt in den Gesellschaftsanteil eine Sondererbfolge der berufenen Nachfolger ein: Siebert ².

Dabei ist neuerdings eine Abkehr von den Ausgangsfällen und eine Hinwendung zu einer analogiefreien allgemeinen Sondererbfolge zu verzeichnen:

Westermann ³, Schulte-v. Lasaulx ⁴, Prasch ⁵, Schmitz-Herscheidt ⁶, Behrens ⁷.

¹ BGHZ 22, 186 - NJW 1957, 18 ff; ohne ergänzende Begründung bestätigt im Urteil vom 21.12.1970 - II ZR 258/67 -, abgedruckt in DB 1971, 861, 862 und NJW 1971, 1268

² Vortrag S. 24

³ Hdbuch RdNr. 531, 538

⁴ bei Soergel-Siebert, 10. Aufl. § 727 RdNr. 26

⁵ S. 100

⁶ S. 95 - 97

⁷ S. 167/168

g) "Theorie der relativen Vererblichkeit": Die grundsätzlich unvererbliche Mitgliedschaft wird nach dem Willen der Gesellschafter durch die Nachfolgeklausel vererblich, aber nur für den oder die bestimmten Nachfolger: Wiesmann ¹, Rüthers ², Rokas ³, Eisenhardt ⁴.

Schon die Vielfalt dieser Lösungsvorschläge, die sich auch nicht immer klar von einander unterscheiden, zeigt, daß keine Theorie in Ausgangspunkt und Deduktion dogmatisch zu überzeugen vermag. Jede läßt sich, wie Rüthers ⁵ bewiesen hat, widerlegen.

Sie alle kommen jedoch zu dem Ergebnis, daß eine Miterbengemeinschaft nicht geeignet ist, Mitglied einerwerbenden Personengesellschaft zu werden. Zum Nachfolger berufene Miterben erwerben vielmehr automatisch mit dem Erbanfall aus dem Gesellschaftsanteil ihres Erblassers eine ihrer Erbquote entsprechende Kapitalbeteiligung in der

¹ S. 132, 154, allerdings nur für die eigentliche, personenrechtliche Mitgliedschaft und die gesamthänderische Mitberechtigung, nicht für die Kapitalbeteiligung

² S. 276, 278, seine Theorie der "privatautonomen Gestaltung" durch die Gesellschafter führt zu einer vom Willen der Gesellschafter abhängigen Vererblichkeit und kann daher hier eingeordnet werden.

³ S. 77/78

⁴ MDR 1969, 521-526

⁵ S. 269 - 275

Gesellschaft, während sich die Mitverwaltungsrechte in der Gesellschaft entsprechend der Kopfzahl der einrückenden Erben vervielfältigen ¹.

Das gilt für die BGB-Gesellschaft ², die offene Handelsgesellschaft ³ und die Komplementär- ⁴ und die Kommanditistenstellung ⁵ in der KG.

Angesichts dieser Eindeutigkeit des vom Reichsgericht bereits seit 1886 vertretenen Ergebnisses kann hier von einem Gewohnheitsrecht gesprochen werden ⁶, mag auch eine saubere dogmatische Rechtfertigung fehlen.

3. Eigene Stellungnahme

Die eigene Stellungnahme hat sich im Rahmen des gestellten Themas auf eine zusammenfassende Würdigung der Vielfalt der Meinungen zu beschränken, ohne den vorhandenen eine weitere Theorie hinzuzufügen. Diese Gesamtschau ergibt, daß bei dem Bemühen um eine dogmatische Rechtfertigung des anerkannten Ergebnisses die Erwägungen über die relative Vererblichkeit und die Sondererbfolge

¹ statt aller vgl. Westermann Hdbuch RdNr. 522, 523; Stötter DB 1970, 525, 527

² Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 727, 20; Staudinger-Keßler § 727, 21

³ statt aller BGHZ 22, 186

⁴ wegen § 161 II HGB

⁵ Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 177, 5; Schlegelberger-Geßler § 177, 6; Westermann Hdbuch RdNr. 800 mwN

⁶ so ausdrücklich Rüthers S. 276 unten, Wiedemann S. 196, vgl. auch Brox RdNr. 893 u. Roloff S. 1, FN 2, Zimmermann S. 60

dem Bedürfnis nach einer glatten und den beteiligten Rechts- und Wirtschaftskreisen verständlichen Lösung am nächsten kommen. Ausgangspunkt ist der Wille der Gesellschafter, die durch die Nachfolgeklausel bestimmen, ob und welche Erben einrücken. Damit ist der Eigenart der Gesellschaftsbeteiligung als eines Wirtschaftsgutes Rechnung getragen, das seine Existenz vornehmlich der willentlichen Zweckverbindung der Gesellschafter verdankt. Außerdem kann die grundsätzlich unvererbliche Gesellschaftsterstellung erst durch einen entsprechenden Willensakt der Gesellschafter - die Nachfolgeklausel - vererblich werden. Der daran anknüpfende Übergang der Gesellschaftsterstellung im Wege einer Sondererbfolge gewährleistet einerseits die prinzipielle Geltung des Erbrechts für Rechtsgrund und Rechtsfolgen des Übergangs, so daß die Gesellschaftsterstellung des Erblassers nicht "am Erbrecht vorbeigesteuert" wird ¹. Das ist für die Nachlaßgläubiger einschließlich der Pflichtteilsberechtigten und für den Ausgleich unter den Miterben von Bedeutung ².

¹ Ausdruck von Siebert Vortrag S. 9 oben

² vgl. Rokas S. 44 mwN, Emmerich ZHR 132 (1969), 297-299, Rüthers S. 277

Im Gegensatz zur "Sonderrechtsnachfolge" des BGH wird aber der Umweg über einen Zwischenerwerb der übrigen Gesellschafter vermieden. Andererseits sichert der Tatbestand einer "Sonder"-erfolge, daß im Kollisionsfall Sondervorschriften - hier das Gesellschaftsrecht - Vorrang vor dem allgemeinen Erbrecht haben, das für den übrigen Nachlaß seine Geltung behält ¹. Damit sind die Maximen für die Lösung von Interessenwiderstreiten in der Weise gesetzt, daß so weit wie möglich Erbrecht gilt, so weit wie nötig aber Gesellschaftsrecht eingreifen kann.

4. Eine Mindermeinung ², neuerdings besonders vertreten von Börner ³, sieht sich angesichts der dogmatischen Schwierigkeiten, eine Durchbrechung des Gesamthandprinzips der Erbengemeinschaft zu begründen, daran gehindert, diesen Schritt zu tun. Außerdem hält sie die mit dem Einrücken der Erben verbundene Vervielfältigung der Mitverwaltungsrechte für untragbar.

¹ vgl. Behrens S. 28

² vgl. die Zitate bei Wiedemann S. 197 vor FN 1 und bei Westermann Hdbuch RdNr. 515 aE, insbesondere: Eiselt AcP 158, 319 ff, Buchwald JR 1955, 174/175 und AcP 154, 22 ff

³ AcP 166, 426 ff (1966)

a) Börner bleibt bei den Regeln des allgemeinen Erbrechts und muß sich folglich auch der Frage der Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten nach § 1975 und nach § 2059 I BGB stellen. Er verkennt nicht, daß der Personalgesellschaft eine beschränkbare Haftung eines Gesellschafters wesensfremd und mit ihr nicht zu vereinbaren ist. Börner schließt daher für Nachfolger-Erben die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus ¹, um die Prinzipien des Gesellschaftsrechts beibehalten zu können. Damit dürfte aber zugleich das Institut der Erbengemeinschaft als solches aufgegeben sein ². Im Ergebnis würde der Miterbe nach dieser Meinung zwar mit der vollen Haftung für die Gesellschaftsschulden belastet, ohne andererseits aber ebenso vollständig auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluß nehmen zu können, da er bei der Ausübung der Verwaltungsrechte in der Gesellschaft an die Erbengemeinschaft gebunden bliebe ³.

¹ Börner S. 435, 436, 437

² Westermann Hdbuch RZ 517 Abs. 4; s.o. 11/12

³ Wiedemann S. 201, Rokas S. 63; der Einwand Börners S. 441 FN 54, dann möge der Erbe eben ausschlagen, trägt nicht zur Lösung des Problems bei.

Weitere Konsequenz dieser Meinung wäre, daß ein Miterbe nach § 2033 I 1 BGB über seinen Anteil am Nachlaß einschließlich des Gesellschaftsanteils verfügen könnte ¹, obwohl der Gesellschaftsanteil ohne Zustimmung der Mitgesellschafter nicht übertragbar ist (§ 719 BGB). Börner muß daher den Nachlaßanteil für unveräußerlich halten, solange ein Gesellschaftsanteil dazugehört, und die Miterben auf eine alsbaldige Auseinandersetzung verweisen ².

- b) Schließlich ist die Bindung an die Erbengemeinschaft auch nicht geeignet, die als untragbar empfundene Vervielfältigung der Erben-Verwaltungsrechte auf die Dauer zu verhindern. Die Erbengemeinschaft ist auf Auseinandersetzung und Teilung angelegt. Die Erben können jederzeit teilen (§ 2042 BGB) und die gesamthänderische Bindung aufheben, so daß dann doch selbständige Nachfolger-Stellungen in der Gesellschaft entstehen ³. Für die oHG und die Komplementärstellung in der KG bietet § 139 HGB einen be-

¹ daß zum Nachlaßanteil ein unveräußerlicher Gesellschaftsanteil gehört, hindert die Veräußerung des Nachlaßanteils nach h.M. nicht: vgl. Staudinger-Lehmann 2033, 5

² aaO S. 443

³ Wiedemann S. 199 1. Abs

sonderen Weg der Auseinanderentwicklung der Erben-
gemeinschaft: Jeder Miterbe kann binnen drei Monaten
unabhängig von der gesamthänderischen Bindung in
der Erbengemeinschaft ¹ wählen, ob er persönlich
haftender Gesellschafter oder Kommanditist wird
oder ob er ausscheidet.

Auch die Mindermeinung sieht, sobald ein Miterbe
sein Wahlrecht ausübt, die Erbengemeinschaft als
beendet an ². Dabei kann dahinstehen, ob die
Teilung rechtsgeschäftlich ³ oder automatisch kraft
Gesetzes ⁴ eintritt. Für die Miterben, die ihrer-
seits keinen Antrag nach § 139 HGB stellen und
daher nicht auf die Teilung einwirken, tritt die
Teilung jedenfalls automatisch ⁵ ein. Die Probleme,
die sich aus der automatischen Teilung des Gesell-
schaftsanteils ergeben, werden daher von der Minder-
meinung nicht vermieden, sondern nur vom Zeitpunkt
des Erbfalls auf den Zeitpunkt der Rechtsausübung
nach § 139 HGB verschoben ⁶.

¹ Hueck § 28 III 1, S. 307 FN 62, Rokas S. 61 zu c),
Rauch S. 7, 89, Weipert § 139 Anm. 32 BGH DB 1971,
861, 862; aa. Prash 72

² Börner S. 446, 447; Eiselt AcP 116, 326; vgl. auch
Wiedemann S. 197, 198

³ so Börner S. 445

⁴ so Eiselt aaO S. 326

⁵ so ausdrücklich Wiedemann S. 198 oben

⁶ Deshalb überzeugt auch der Vorschlag Stötters in
DB 1970, 525, 528 zu 2 nicht, wonach die Erbengemein-
schaft befristet zur Nachfolge zugelassen werden soll

5. Unterschiedliche Vererbung der einzelnen Bestandteile der Gesellschafterstellung?

Die Gesellschafterstellung umfaßt persönliche Mitgliedschaftsrechte und vermögensrechtliche Bestandteile. Die persönliche Mitgliedschaft im engeren Sinne wird gebildet von den Mitverwaltungsrechten - z.B. Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis, Einsichtsrecht, Kündigungsrecht - und der gesamthänderischen Mitberechtigung ("Anteil am Gesellschaftsvermögen" im Sinne von § 738 I 1 BGB).

Ihr gegenüber steht die eigentliche vermögensmäßige Beteiligung des Gesellschafters, deren Wert bei oHG und KG durch den sog. Kapitalanteil ausgedrückt wird ¹.

Entsprechend dieser Unterscheidung wird auch eine unterschiedliche Vererbung vorgeschlagen. Die personenrechtlichen Mitgliedschaftselemente sollen den einzelnen Nachfolgern selbständig und geteilt zufallen, während die Vermögensrechte nach allgemeinen Regeln auf die Erbengemeinschaft übergehen ² sollen. Damit würde die Gesellschafterstellung

¹ vgl. grundlegend Siebert, Vortrag S. 6; Rokas S. 24; Küster S. 8 ff; Rauch S. 10 ff; Eiselt AcP 158, 328; Wiedemann S. 31 f trennt nicht klar zwischen gesamthänderischer und vermögensmäßiger Beteiligung; auch Westermann Hdbuch RZ 288; Staudinger-Keßler vor § 705, 43 f md 44 d

² Michaelis ZAkDR 1943, 233/234); KG JW 1935, 1794 und DR 1942, 731; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139, Anm. 15, aber widersprüchlich; Küster S. 57

des Erblassers mit dem Erbfall gewissermaßen horizontal und vertikal geteilt und verschiedenen Rechtsträgern zugeführt: Die Verwaltungsrechte einschließlich der Gesamthandsberechtigung gingen unmittelbar auf die einzelnen Miterben-Gesellschafter über, um sich dort zu vervielfältigen, während die Vermögensrechte der Erbengemeinschaft zufielen, die ihrerseits nicht Mitglied der Gesellschaft wird ¹.

Eine Mitgliedschaft ohne Kapitalbeteiligung, wie sie nach dieser Auffassung der einzelne Miterbe erwürbe, ist denkbar und zulässig ².

Zweifelhaft ist aber die Zulässigkeit der umgekehrten Konsequenz, daß die Erbengemeinschaft als Nicht-Mitglied eine Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft innehaben soll.

a) Die Einheit des Gesellschaftsanteils

Gegen die verschiedenartige Vererbung der persönlichen Mitgliedschaftsrechte und der Vermögensrechte

¹ so ausdrücklich Küster S. 57 zu b); vgl. auch Liebisch S. 143; Eiselt aaO S. 329

² Siebert Vortrag S. 6; Rauch S. 11/12; Eiselt AcP 158, S. 328; Schlegelberger-Geßler § 105, 36; Westermann Hdbuch RdNr. 295; Buchwald JR 1955, 173 zu 1)

spricht die tatsächliche und rechtliche Einheit, als die ein Gesellschaftsanteil an einer Personalgesellschaft erscheint und überwiegend angesehen wird ¹.

Küster ² ist zuzugeben, daß die gesamte Mitgliedschaft sich in zahlreichen Einzelrechten dokumentiert und daß auch das Gesetz etwa beim Ausscheiden eines Gesellschafters das rechtliche Schicksal der Gesamthandsrechte (Anwachsung bei den übrigen Gesellschaftern nach § 738 I 1 BGB) und der kapitalmäßigen Beteiligung (Abfindungsanspruch nach § 738 I 2 BGB) verschieden regelt ³. Dieser Fall ist jedoch für die Gesellschaft nicht typisch, sondern eine Ausnahmesituation, die keine zwingenden Rückschlüsse auf die allgemeine Rechtslage erlaubt. Der Erbfall hat beim Vorliegen einer Nachfolgeklausel für die Substanz des Gesellschaftsanteils keine Identitätsänderung zur Folge und bedeutet

¹ vgl. Nachweise bei Küster S. 30 FN 2; Westermann RdNr. 514; Rokas S. 23; Liebisch ZHR 116, 128/130/137 f; RGZ 145, 294; 170, 392; BGHZ 22, 191 Baumbach-Duden § 139, 3 A; Erman § 1922, 5 g; Kipp-Coing S. 386; Küster DNotZ 1956; 460; Schlegelberger-Geßler, § 139, 5 und 21 ff; Siebert NJW 55, 810; Staudinger-Boehmer, § 1922, 162; Weiler DNotZ 52, 288; Prasch 102; Schmitz-Herscheidt S. 87; Lutz Emmerich S. 95

² S. 6 ff, 11

³ darauf weist Siebert Vortrag S. 7 nachdrücklich hin

daher keine Ausnahme von der Normallage ¹, in der Personen- und Mitgliedschaftsrechte zusammen in die Hand des Gesellschafters gehören. Solange die Gesellschaft und die Stellung des einzelnen Gesellschafters in ihr intakt sind, stehen die Verwaltungsrechte des Gesellschafters und seine vermögensmäßige Beteiligung an der Gesellschaft nicht beziehungslos nebeneinander. Sie haben vielmehr dem Gesellschaftszweck zu dienen und werden durch diese gemeinsame Zweckbindung zu einer Einheit verbunden ², ³ so daß die kapitalmäßige Beteiligung im Nachfolgefall den persönlichen Mitgliedschaftsrechten folgen muß, den Erben also unmittelbar geteilt und nicht erst der Erbengemeinschaft anfällt ⁴. Erst die

¹ Zunft NJW 1957, S. 1129, 1132 B I v. Spalte Siebert Vortrag S. 21; Rauch S. 136; Schmitz-Herscheidt S. 105; Behrens S. 11; ähnlich Liebisch ZHR 116, 129 zu 1), 137 unten

² Rokas S. 23; Siebert BB 56, 1127; Rittner FamRZ 61, 512, Liebisch ZHR 116, 128/135/144-145; Schlegelberger-Geßler § 139, 25

³ Wiesmann S. 157 folgert aus dem Gegensatz zwischen der gesellschaftlichen Zweckbindung der Gesellschaftsterstellung und dem Auseinandersetzungszweck der Erbengemeinschaft, daß die Gesellschafterstellung nur geteilt auf die einzelnen Miterben übergehen kann.

⁴ so auch Soergel-Siebert-Schultze v. Lasaulx § 727, 25 aE; Westermann Hdbuch RdNr. 519 aE; Dietrich DR 1943, 808, 2 a (Anm. zu RG DR 1943, 806 = RGZ 170, 392); Rokas S. 69/70; Liebisch ZHR 116, 142 ff; Rauch 94; Weipert § 139, 26; vgl. Wiedemann S. 31, 212 der ausführt, nur Gesellschafter können am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein; er versteht allerdings auch die gesamthänderische Beteiligung als vermögensrechtliche Beteiligung (S 32 FN 1) und muß deshalb schon zu diesem Ergebnis kommen.

Aufhebung der gesellschaftlichen Zweckbindung im Auflösungs- oder Ausscheidensfall beendet die Bindung der Vermögensrechte an die persönliche Mitgliedschaft ¹.

Wiedemann ² und Küster ³ sehen die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß Außenstehende zwar nicht personenrechtliche Mitglieder der Gesellschafter, aber Inhaber einer vermögensmäßigen Beteiligung werden sollen. Sie wollen diese Beteiligung auf Grund zusätzlicher vertraglicher Abreden zwischen Gesellschaft und Erbengemeinschaft als Darlehen oder stille Beteiligung behandeln. Küster empfiehlt der Erbengemeinschaft eine alsbaldige Auseinandersetzung, damit die einzelnen Nachfolger-Erben ihre Kapital-Beteiligung erhalten ⁴. Es soll also entweder eine rechtsgeschäftliche Umwandlung der Beteiligung in Rechte Dritter oder eine rechtsgeschäftliche Wiedervereinigung der Personen- und Vermögensrechte der Erben-Gesellschafter stattfinden. In beiden Fällen ist das Schicksal der Beteiligung vom Willen der Gesellschafter und der Miterben und ihrer Einsicht

¹ Hueck § 18 III 3 S. 193

² S. 170

³ S. 12, 57

⁴ ebenso Eiselt, AcP 158, 334, 335; Buchwald JR 1955, 175

abhängig. Das erscheint zu riskant und ist ebenso abzulehnen wie der Durchgangserwerb der übrigen Gesellschafter nach der Sonderrechtsfolgetheorie des BGH ¹. Zwischen Gesellschaftern einerseits und Erben andererseits und innerhalb der Erbengemeinschaft können divergierende Interessen bestehen oder sich entwickeln, zumal bei qualifizierter Nachfolgeklausel nicht alle Erben auch Gesellschafter werden, also nicht das gleiche Interesse an einer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen haben wie der oder die Nachfolger. Bis zur zeitlich und sachlich ungewissen Einigung müßten die Erben, die Gesellschafter geworden sind, daher die persönliche Haftung in der Gesellschaft tragen, ohne dafür andererseits die entsprechenden Vermögensrechte zu besitzen. Dieses Risiko den Erbengesellschaftern aufzuerlegen, damit das erbrechtliche Prinzip der Gesamthandsgemeinschaft gewahrt bleibt, erscheint nicht zumutbar ².

¹ BGHZ 22. 186 ff; dagegen vgl. Hueck JZ 1957, 223; Siebert BB 1957, 9 ff; G. u. D. Reinicke NJW 1957, 564; Zunft NJW 1957, 1131; Eiselt AcP 158, S. 333; Stötter DB 1970, 525/527

² vgl. auch RGZ 170, 293 ff; RG DR 1943, 1224

b) Verkehrsschutz- und Rechtsscheinserwägungen

Auch die Neugläubiger der Gesellschaft, d.h. die Gläubiger, die nach dem Erbfall eine Forderung gegen die Gesellschaft erworben haben, und die Privatgläubiger des Miterbengesellschafters werden durch die Trennung der persönlichen Mitgliedschaft von den Vermögensrechten benachteiligt, in gewissem Sinne sogar getäuscht. Der nach außen als Vollmitglied der Gesellschaft erscheinende Nachfolger hat, ohne daß das offenkundig zu sein braucht, keine Vermögensrechte in der Gesellschaft, auf die der Gläubiger zurückgreifen könnte (§§ 725 BGB, 135 HGB).

Ebenso werden die Interessen der Mitgesellschafter betroffen, die mit dem Erbfall Gesellschafter neben sich gestellt sehen, die keine Vermögensbeteiligung in der Gesellschaft haben. Dadurch erhöht sich für die übrigen Gesellschafter das Risiko, von Gesellschaftsgläubigern vor den Erbenachfolgern in Anspruch genommen zu werden ¹. Der einrückende Mit-

¹ vgl. Eiselt S. 329

erbe wird in diesem Falle zwar personenrechtliches Mitglied der Gesellschaft und erhält auch die dingliche Gesamthänderstellung eines Voll-Gesellschafters. Praktisch und wirtschaftlich geht dieses Einrücken aber allein zu Lasten der Mitgesellschafter. Der neue Gesamthänder nimmt unter gleichzeitiger Beschränkung der Rechte der übrigen Gesamthänder ¹ Anteil an einem Gesamthandvermögen, an dem kapitalmäßig nicht er, sondern nur die Rechtsfigur "Erbengemeinschaft" beteiligt ist. Der neue Gesellschafter hat zwar die Möglichkeit, im Wege der Erbaueinsetzung auch seine Kapitalbeteiligung von der Erbengemeinschaft zugewiesen zu erhalten. Bis darüber aber Einigkeit erzielt ist - die Berechnung etwa der Ausgleichsansprüche nicht zur Nachfolge berufener Mit-erben kann zeitraubend und schwierig sein -, können Nachlaßgläubiger oder Pflichtteilsberechtigte auf den Nachlaßgegenstand "Kapitalbeteiligung" Zugriff genommen haben ². Die Gesellschaft hätte dann lediglich einen oder mehrere Nachfolger in die Personenrechte des Erblassers erhalten und die Kapitalbeteiligung des Erblassers verloren. Zweck der auto-

¹ Westermann Hdbuch RZ 281 Nr. 2

² vgl. Westermann Hdbuch RZ 557 Abs. 3; Zimmermann S. 56

matisch wirkenden Nachfolgeklausel ist es aber gerade, Personen- und Vermögensrechte des Altgesellschafter auf seine Nachfolger übergehen zu lassen, damit die Gesellschaft neben der Person des Erblassers nicht auch noch dessen Kapital verliert.

Daß die Nachlaßgläubiger - d.h. die Altgläubiger der Gesellschaft und die Privatgläubiger des Erblassers - durch einen unmittelbar geteilten Anfall der Vermögensrechte an den einzelnen Erben ohne Zwischenerwerb der Erbengemeinschaft nicht benachteiligt werden, wie Hueck ¹ und Michaelis ² befürchten, ist im zweiten Teil der Arbeit darzustellen. Hier sei lediglich darauf hingewiesen, daß an die Stelle der im Interesse der Nachlaßgläubiger geschaffenen Gesamthandsbindung des Nachlasses im Rahmen der Erbengemeinschaft bei einem Gesellschaftsanteil dessen Bindung an die Gesamthandsberechtigung der Mitgesellschafter tritt ³.

¹ § 28 II 2 a FN 25 S. 300; ob Hueck hier tatsächlich auch für den Fall einer Nachfolgeklausel die Vermögensrechte zunächst auf die Erbengemeinschaft übergehen lassen will, erscheint zweifelhaft. Er spricht hier ausdrücklich vom "Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben", den er als reine Geldforderung definiert, "die zwar dem Gesellschaftsverhältnis entspringt, aber nicht mehr dem Gesellschaftszweck dient und daher nicht mehr an die Mitgliedschaft zur Gesellschaft gebunden ist" (§ 18 III 3 S. 195/196) Hueck meint also den Auflösungs- oder Ausscheidensfall, der mit der Nachfolgeklausel gerade nicht eintritt.

² ZAK DR 1943, S. 234

³ Wiedemann S. 202

Zusammenfassung

Soll eine Personalgesellschaft auf Grund einer Nachfolgeklausel mit den Erben der Gesellschafter fortgesetzt werden, kollidieren die Prinzipien des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts, wenn ein Gesellschafter mehrere Erben hinterläßt. Das Erbrecht verlangt das Einrücken der Erbengemeinschaft in die Gesellschaft, das Gesellschaftsrecht schließt diese Rechtsfolge aus. Rechtsprechung und Literatur geben mit dogmatisch nicht immer befriedigenden, vom Ergebnis her aber überzeugenden Argumenten dem Gesellschaftsrecht den Vorrang und lassen jeden zur Nachfolge berufenen Erben selbständig Gesellschafter werden. Dieses Einrücken geschieht automatisch mit dem Erbfall ohne rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber der Gesellschaft oder den Miterben.

2. Teil: Die erbrechtliche Haftung
des Miterbengesellschafters

1. Abschnitt: Die erbrechtliche Haftungslage
des Miterben

I. Die erbrechtlichen Haftungsprinzipien

Der durch automatische Aufspaltung des Erblasser-Anteils zum Gesellschafter gewordene Miterbe (s.o. 1. Teil, S. 35) haftet den alten und den neuen G e s e l l s c h a f t s g l ä u b i g e r n entsprechend der Stellung, die er in der Gesellschaft erlangt hat oder auf Grund der ihm zugefallenen Wahlrechte (§ 139 HGB) erwirbt ¹.

Daneben haftet er den N a c h l a ß g l ä u b i g e r n nach erbrechtlichen Grundsätzen (§ 1967 BGB). Daß der Erbe allerdings nicht nur h a f t e t , sondern auch S c h u l d n e r ² der Verbindlichkeit ist, zeigt § 2058 BGB. Danach h a f t e n Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als

¹ vgl. Westermann Hdbuch RdNr. 525

² Lange § 48 I 1 S. 606; Boehmer, Einführung 2. Auflage S. 250

Gesamt s c h u l d n e r . Das Gesetz versteht demnach unter der Haftung der Erben einerseits die Leistungspflicht, andererseits die "Vollstreckungsunterworfenheit" ¹ aus der Verbindlichkeit des Erblassers. Diese erbrechtliche Haftung ist Thema der Arbeit. Wie in der Einleitung (S. 2/3) angedeutet, ist problematisch, ob und wie das auf der Erbteilung aufgebaute System der Miterbenhaftung mit der automatischen Teilung eines Gesellschaftsanteils in Einklang zu bringen ist. Zur Einführung in die Problematik und zugleich zur Grundlegung der Lösungsvorschläge ist es erforderlich, zunächst die Prinzipien der Erbenhaftung darzustellen.

1. Die Interessenlage und die grundsätzliche Regelung der Haftung

Gehen mit dem Nachlaß auch die Schulden auf den Erben über, ergeben sich Interessenkollisionen. Der Erbe kann bei überschuldetem Nachlaß daran interessiert sein, seine Haftung im Sinne der "Vollstreckungsunterworfenheit" auf den Nachlaß zu be-

¹ Boehmer aaO S. 251. Er nennt den gesetzlichen Sprachgebrauch "geradezu tumultuarisch", da mit Haftung bisweilen der Schuldinhalt, bisweilen auch nur die Einstandspflicht gemeint sei (S. 247 FN 31); vgl. auch Endemann § 113 S. 500 FN 2

schränken. Umgekehrt entspricht es den Interessen der Gläubiger, einen solventen Nachlaß nicht den Eigengläubigern eines verschuldeten Erben in die Hände fallen zu lassen, bevor sie befriedigt sind. Das Gesetz hatte daher zu regeln, ob und wie die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten zu beschränken sei.

Es hat sich für die beschränkbare Haftung entschieden ¹. Die noch zu erörternden Beschränkungsmittel des Erben gewährleisten, daß die persönliche Haftung des Erben sich g e g e n s t ä n d l i c h auf ein Sondervermögen, den Nachlaß, beschränken kann ².

Bei mehreren Erben war außerdem zu entscheiden, ob jeder für die ganze Schuld oder nur für einen Teil einzustehen habe, ob sich also die Haftung auch r e c h n e r i s c h beschränkt. Es gilt der Grundsatz der Gesamtschuld jedes einzelnen Erben (§ 2058 BGB) als Gegenstück zur Gesamthandsberechtigung der Miterben am Nachlaß (§ 2033 II) ³. In bestimmten Fällen kann die Gesamtschuld jedoch

¹ Durch diese "Friedensformel" (Raape, Jherings.Jahrb. Bd. 72 (1922) S. 293) dürfte der alte Streit, ob die Erbenhaftung grundsätzlich beschränkt oder unbeschränkt sei, beigelegt sein

² Boehmer aaO S. 251

³ Kretzschmar ZBlFG 1915, S. 329

zur Teilschuld werden (§§ 2059 I 2¹, 2060, 2061).
Daneben kann der Gläubiger, wie § 2059 II BGB zeigt,
alle Miterben als Gesamthänder auf Befriedigung aus
dem nach ihrer gesamthänderischen Verfügung unter-
liegenden Nachlaß in Anspruch nehmen.

2. Die Mittel zur Haftungsbeschränkung des Erben

Alleinerbe und Miterben können ihre Haftung gegen-
ständlich auf den Nachlaß beschränken, indem sie
folgende Maßnahmen ergreifen:

- a) Bei jedem Nachlaß, der nicht dürftig ist (§ 1982),
kann der Erbe **N a c h l a ß v e r w a l t u n g**
beantragen (§ 1984 I BGB. Miterben können die
Nachlaßverwaltung nur gemeinschaftlich und nur
vor der Teilung beantragen (§ 2062), solange
keiner von ihnen unbeschränkt haftet
(§ 2013 I 1 2. Halbsatz).

¹ Dabei enthält § 2059 I 2 BGB ein instruktives Bei-
spiel für die Kombination gegenständlich und rech-
nerisch beschränkter Erbenhaftung (Boehmer aaO FN 39)

- b) Bei überschuldetem (§ 215 KO), nicht dürftigem (§ 109 KO) Nachlaß können die Erben den N a c h l a ß - k o n k u r s beantragen (§§ 1980 BGB, 214 ff KO); Miterben können den Antrag einzeln (§ 217 II 1 KO) und noch nach der Teilung stellen (§ 216 KO).

Beiden Fällen ist gemeinsam, daß der Nachlaß in einem amtlichen Verfahren abgewickelt wird, in dem Verfügungs-, Verwaltungs- und Prozeßführungsbefugnis über die Nachlaßgegenstände auf den Nachlaß- oder Konkursverwalter übergehen, der die Gläubiger zu befriedigen hat. Den Nachlaßgläubigern haftet nur der Nachlaß, Eigengläubiger der Erben werden vom Nachlaß abgewehrt.

- c) Ein N a c h l a ß v e r g l e i c h s v e r f a h r e n soll bei überschuldetem Nachlaß (§§ 1980 BGB; 113 VglO) den Konkurs vermeiden. Antragsberechtigt sind sämtliche Erben gemeinschaftlich (§§ 113 I 1 S. 3 VglO), und zwar nur vor der Teilung und solange kein Erbe unbeschränkt haftet (§ 113 I 1 VglO). Der oder die Erben behalten Besitz und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß, unterliegen dabei aber der Aufsicht des gerichtlich bestellten Vergleichsverwalters

(§§ 38, 39 VglO), der wiederum der Aufsicht des Gerichts untersteht (§ 41 VglO), das eigene Maßnahmen, insbesondere Verfügungsbeschränkungen, treffen kann (§ 58 ff VglO).

Auch hier tritt gegenüber den Nachlaßgläubigern Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß (§ 113 I Nr. 4 VglO) und gegenüber den Eigengläubigern Haftungs-sonderung mit der Folge der Unzulässigkeit der Vollstreckung in den Nachlaß ein ¹.

Den bisher genannten Beschränkungsmitteln Nachlaßverwaltung, -konkurs und -vergleich ist eigentümlich und gemeinsam, daß sie auf Grund eines amtlichen oder amtlich überwachten Verfahrens eintreten, das eine Gütersonderung herbeiführt.

- d) Ohne eine solche amtliche Sonderung tritt nach § 1990 BGB eine Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß ein, wenn die "E i n r e d e d e r D ü r f t i g k e i t " oder Unzulänglichkeit des Nachlasses erhoben wird, mit der geltend zu machen ist, der Nachlaß reiche nicht einmal zur Deckung der Kosten einer Nachlaßverwaltung, eines Vergleichs- oder eines

¹ str., aber h.M., vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht § 49 III 2 cc S. 324

Konkursverfahrensaus. Der Erbe muß dann nur die Zwangsvollstreckung der Gläubiger in den Nachlaß dulden. Miterben steht diese Einrede auch nach der Teilung noch zu, sofern sie nicht bereits unbeschränkt haften.

e) Zu diesen allen Gläubigern gegenüber wirkenden Haftungsbeschränkungsmitteln treten solche, die nur gegenüber einzelnen Gläubigern wirken:

- (1) die "A u s s c h l i e ß u n g s e i n r e d e"
nach § 1973 gegenüber solchen Gläubigern, die sich im gerichtlichen Aufgebotsverfahren (§§ 1970 BGB, 989 ff ZPO) nicht gemeldet haben,
- (2) die "V e r s c h w e i g u n g s e i n r e d e"
nach § 1974 BGB gegenüber Gläubigern, die sich später als fünf Jahre nach dem Erbfall melden,
- (3) die "E r s c h ö p f u n g s e i n r e d e"
nach § 1989 gegenüber Gläubigern, die sich erst nach Abschluß eines Nachlaßkonkurses durch Masseverteilung oder Zwangsvergleich melden,

(4) die "Ü b e r l a s t u n g s e i n r e d e"
gegenüber Vermächtnis- und Auflagegläubigern
(§ 1992 S. 1), wenn die Überschuldung des
Nachlasses auf diesen Verbindlichkeiten beruht,
so daß die Folgen der Dürftigkeitseinrede
(§ 1990, 1991) eintreten, ohne daß deren Vor-
aussetzungen vorliegen müssen.

Diesen Beschränkungsrechten ist gemeinsam, daß der
Erbe, statt den Nachlaß der Vollstreckung der Gläubiger
preiszugeben, ihn behalten und die Vollstreckung durch
Zahlung des Wertes abwenden kann (§§ 1973 II 3,
1974 I 1, 1989; sog. W e r t a b l ö s u n g s -
r e c h t).

f) Die Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten zu a - d und
e (3) und (4) (§ 2013 I 1) verliert der Erbe, wenn
er entweder eine ihm vom Nachlaßgericht auf Antrag
eines Gläubigers gesetzte Frist zur Errichtung eines
Nachlaßverzeichnisses versäumt (§ 1994 I 2) oder
ein unrichtiges Verzeichnis abgibt (§ 2005 I 1
"Inventaruntreue"). Dieser Rechtsverlust tritt
gegenüber allen Gläubigern ein, während die Weigerung,
die Richtigkeit des Nachlaßverzeichnisses zu be-

schwören, nur gegenüber dem Gläubiger zum Verlust der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit führt, der die Eidesleistung beantragt hat (§ 2006 III "Verweigerung des Inventareides"). Lediglich die Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten zu oben e (1) und (2) verbleiben dem Erben, wenn er die Inventarfrist versäumt oder Inventaruntreue begeht (§ 2013 I 2).

II. Die Haftungsbeschränkung nach

§ 2059 I BGB unter Miterben

Für den Fall der Erbenmehrheit gewährt das Gesetz in § 2059 I ein zusätzliches Haftungsbeschränkungs-mittel. Diese durch häufige Negationen sprach-lich verunglückte Bestimmung besagt: Bis zur Nachlaß-teilung haftet der Miterbe nur mit seinem Nachlaßan-teil und nicht mit seinem Eigenvermögen (§ 2059 I 1). Hat er die allgemeinen Möglichkeiten der Haftungsbe-schränkung verloren (s.o. S. 39-42, 2 a - d), haftet er außerdem für den seiner Erbquote entsprechenden Teil der Verbindlichkeit mit seinem Eigenvermögen (§ 2059 I 2) ¹.

¹ vgl. Hagen, JheringsJahrbd. 42, S. 135, Am. 95; zur Kritik der Normfassungen der §§ 2058 ff vgl. auch Endemann § 113 S. 499 FN 1; Raape JheringsJ 72, 293 spricht von einem jämmerlichen Aufbau des Gesetzes, der den Bürger die Möglichkeiten zur Haftungsbe-schränkung wie den Wald vor lauter Bäumen nicht sehen lasse (S. 294/5)

Die Vorschriften des § 2059 BGB können problematisch werden, wenn ein Gesellschaftsanteil durch Nachfolgeklausel vererbt und dabei automatisch unter mehrere Erben verteilt wird. Verbleibt ein ungeteilter Nachlaß, fragt sich, ob der zum Gesellschafter gewordene Erbe seinen ihm zugefallenen Anteil als sonstiges Vermögen, das er "außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat", gegenüber Nachlaßgläubigern verteidigen kann. Umgekehrt stellt sich die Frage, wie Gläubiger des Erblassers den ursprünglich zum Vermögen des Erblassers gehörenden Gesellschaftsanteil beim Erben realisieren können. Ist der Nachlaß praktisch mit dem Gesellschaftsanteil identisch, so daß der Nachlaß schon mit dem Erbfall vollständig aufgeteilt ist, wird zu prüfen sein, ob und wie der Miterben-Gesellschafter überhaupt noch seine Haftung gegenständlich auf den ihm zugefallenen Vermögenswert beschränken kann.

1. Normzweck und Interessenlage des § 2059 BGB

- a) Die Regelung des § 2059 I BGB ist eine Konsequenz der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben einerseits (§ 2058 BGB) und ihrer gesamthänderischen

Bindung als Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff BGB) andererseits. Der Nachlaß hat vorab der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu dienen (§ 2046 I 1 BGB). Wollen die Miterben Nachlaßgegenstände verwerten, um Gläubiger zu befriedigen, können sie das nur gemeinschaftlich, d.h. regelmäßig einstimmig, tun (§ 2040 I BGB). Diese Einstimmigkeit ist etwa bei großen, schwierig zu bewertenden Objekten manchmal nicht leicht herzustellen. Bis Einigkeit erzielt ist, kann bereits ein einzelner Miterbe als Gesamtschuldner auf die ganze Schuld in Anspruch genommen worden sein. Er hat dann zwar Ausgleichsansprüche gegen seine Miterben und Mitschuldner (§ 426 BGB), doch hängt deren Realisierung von der Bonität der Miterben ab.

Den Schöpfern des BGB erschien diese Zwangslage des einzelnen Miterben vor Teilung des Nachlasses unbillig ¹. Die Haftungslage des einzelnen Erben wurde daher in der Weise erleichtert, daß er bis zur Teilung des Nachlasses nur mit seinem Anteil daran, nicht aber mit seinem Eigenvermögen haften sollte. Diese Beschränkungsmöglichkeit ist so

¹ Mugdan 5, S. 515 Prot., Denkschrift S. 862; vgl. auch Börner JUS 1968, 108; Kretzschmar S. 330

konstruiert, daß der Miterbe zwar nicht seine Verurteilung als Gesamtschuldner verhindern kann, wohl aber eine Vollstreckung aus dem Titel in sein Eigenvermögen ¹.

Dabei begünstigte man auch den nach allgemeinen Regeln schon unbeschränkt haftenden Miterben (§ 2059 I 2 BGB), weil man der Auffassung war, auch auf diesen Erben träfen die Erwägungen zu, er sei vor der Teilung durch die gesamthänderische Bindung an der Mittelbeschaffung gehindert. Der Grundsatz der Gesamtschuld wurde damit durchbrochen und diesem Erben bis zur Teilung die unbeschränkte Haftung nur für den seiner Erbquote entsprechenden Teil seiner Schuld auferlegt ².

Der einzelne Miterbe wird durch § 2059 I BGB gegenüber den allgemeinen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten des Alleinerben **b e g ü n s t i g t** ³:

Nachlaßverwaltung könnte er nur gemeinsam mit allen übrigen Erben beantragen (§ 2062

¹ vgl. RGZ 71, 371; Erman -Bartholomeyczik § 2059, 1 e

² Mugdan 5, Prot. S. 516; Crome S. 745, 746; Riesenfeld I S. 188. Kritisch zu dieser Rücksichtnahme auf den unbeschränkt haftenden Miterben Kretzschmar S. 339, Hagen S. 139/140 FN 98; Siber S. 111

³ dazu Cosack-Mitteis § 159 S. 417 I 1 a: "Was dem Alleinerben nur gegönnt wird, wenn der Nachlaß sequestriert ist oder wegen seiner Dürftigkeit eine Sequestration nicht lohnt, wird dem Miterben ohne Sequestration auch bei größtem Umfang des Nachlasses sofort mit dem Erbfall zugestanden".

BGB); Nachlaßkonkurs und Nachlaßvergleich bedürften des Nachweises der Überschuldung, die Einrede aus § 1990 des Nachweises der Dürftigkeit. Für die Haftungsbeschränkung nach § 2059 I BGB genügt dagegen, daß der einzelne Erbe sich lediglich auf die Ungeteiltheit des Nachlasses beruft und sie im Streitfall beweist.

- b) Ihre Rechtfertigung findet diese erleichterte Haftungsbeschränkung in der gesamthänderischen Verbundenheit der Miterben bis zur Auseinandersetzung (§ 2032 ff BGB). Diese Bindung im Innenverhältnis der Erben gewährleistet, daß das Nachlaßvermögen sich nicht im Erbfall mit dem Eigenvermögen der Miterben vermischt, sondern als Sondervermögen von den Einzelvermögen getrennt bleibt ¹, bis die einzelnen Nachlaßgegenstände durch Rechtsgeschäft im Wege der Auseinandersetzung auf die einzelnen Erben übertragen werden. Dadurch wird eine amtliche oder amtlich überwachte Nachlaßsonderung, wie sie in den Fällen der Nachlaßverwaltung, des Vergleiches oder des Konkurses eintritt (vgl. oben II 1 - 3),

¹ Crome S. 738; Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung, S. 40/41 spricht ausdrücklich von einer "Nachlaßsonderung durch Erbengemeinschaft"; Lange-Karpe S. 105, Riesenfeld I S. 155 zu c; Strohal S. 338 FN 9; Bartholomeyczik § 49 III 2 b aa S. 325; Staudinger-Lehmann § 2059, RdNr. 1; Erman -Barth. § 2059, 1 c und Vorbemerkung vor § 2058, 1

entbehrlich. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß diese Form der Sonderung schwächer ist als die übrigen, da die Erben immerhin gemeinschaftlich über Nachlaßgegenstände verfügen und sie damit den Gläubigern entziehen können ¹. Dagegen kann sich der Gläubiger schützen, indem er den ganzen Anteil des einzelnen Miterben am Nachlaß, der nach § 2059 I pfändbar bleibt, pfändet und sich überweisen läßt (§§ 857 I, 828, 835 ZPO). Damit ergeht ein relatives Veräußerungsverbot (§§ 804 I ZPO, 1276, 135 BGB) zugunsten des Gläubigers, so daß nur mit seiner Zustimmung über Nachlaßgegenstände verfügt werden kann ².

Der Gläubiger braucht sich jedoch nicht damit zu begnügen, einzelne Erben als Gesamtschuldner oder ihre Erbanteile in Anspruch zu nehmen. § 2059 II BGB setzt voraus, ohne daß dies an anderer Stelle des Gesetzes ausdrücklich gesagt wäre, daß auch sämtliche Miterben auf Befriedigung aus dem noch ungeteilten Nachlaß verklagt werden können. Dieser Anspruch

¹ vgl. Lange-Karpe S. 201

² Börner JuS 1968, 108 ff

richtet sich gegen die Erben als Gesamthänder des Nachlasses ("Gesamthandklage"). Der Gläubiger, der auf diesem Wege vorgeht, beschränkt sein Begehren von vornherein gegenständlich auf den Nachlaß, so daß es einer Haftungsbeschränkungsmöglichkeit insoweit nicht bedarf.

- c) Vergleicht man unter dem Gesichtspunkt der Sonderung die Haftungsbeschränkung durch die Dürftigkeits- einrede nach §§ 1990 ff BGB und die Einrede des ungeteilten Nachlasses nach § 2059 I 1 BGB, so zeigt sich eine k o n s t r u k t i v e V e r w a n d t- s c h a f t beider Institute ¹. In beiden Fällen bedarf es für den Eintritt der gegenständlichen Haftungsbeschränkung keiner amtlichen Verwaltung oder Kontrolle des Nachlasses.

2. Die Folgen der Nachlaßteilung für die Haftung der Miterben

Die Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten aus § 2059 I BGB haben die Miterben nur bis zur Teilung des Nachlasses, weil die gesamthänderische Bindung (§§ 2032 ff BGB) in

¹ Riesenfeld I S. 187/188

der Verfügung über Nachlaßgegenstände nur bis zur Teilung dauert. Nach §§ 2045, 2046 BGB sind die Erben gehalten, während dieser Zeit die Verbindlichkeiten zu berichtigen oder Rückstellungen zu bilden ¹.

Ihnen gebührt nur der Überschuß (§ 2047 BGB). Sie dürfen vor der Befriedigung der Gläubiger teilen, haften dann aber jeder für sich auf die volle Summe, denn § 2058 BGB gilt vor wie nach der Teilung. Gerade dieses Risiko der gesamtschuldnerischen Verpflichtung jedes einzelnen Erben soll eine Teilung des Nachlasses vor Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verhindern.

Darüber hinaus wird die Haftung des einzelnen Miterben nach der Teilung aus der gleichen Überlegung, eine voreilige Auseinandersetzung auf Kosten der Nachlaßgläubiger zu verhindern, "g e - w i s s e r m a ß e n z u r S t r a f e" verschärft ²:

¹ "Der Gelter - Gläubiger - ist der erste Erbe", vgl. Bartholomeyczik in Lange, 4. Denkschrift des ErbRA der DAK S. 125, FN 2

² so wörtlich die Protokolle, vgl. Mugdan 5 S. 515; Endemann S. 506; Riesenfeld I 308; Kreß S. 28; Kretzschmar S. 329; Wendt AcP 86, 422, 423

Die Privilegien aus § 2059 BGB fallen fort.
Die Nachlaßverwaltung als das einfachste
Haftungsbeschränkungsmittel mit den gering-
sten Zulässigkeitsvoraussetzungen wird
unzulässig (§ 2062 BGB), ebenso der Nachlaß-
vergleich.

Diese Haftungsverschärfung ist erforderlich und
gerechtfertigt, weil die Gläubiger mit der Erb-
auseinandersetzung die Zugriffsmöglichkeit nach
§ 2059 II BGB verlieren, wenn der ihnen danach
haftende Nachlaß verteilt ist.

Dem einzelnen Erben bleiben zur endgültigen allgemeinen
Haftungsbeschränkung nur Nachlaßkonkurs oder
Dürftigkeitseinrede. Beide sind an besondere Zu-
lässigkeitsvoraussetzungen - Überschuldung oder
Unzulänglichkeit des Nachlasses - gebunden.

Lediglich in einzelnen Fällen, die den Verstoß gegen
die Gläubigerinteressen als minder schwerwiegend
erscheinen lassen, beschränkt sich aus Billigkeits-
gründen die Haftung doch noch, indem aus der Gesamt-
schuld des einzelnen Miterben eine Teilschuld nach Maß-
gabe seiner Erbquote wird (§§ 2060, 2061), und zwar:

- a) gegenüber im amtlichen Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern (§ 2060 I Nr. 1, 1970, 1973)
- b) gegenüber Gläubigern, die sich erst nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Erbfall melden (§ 2060 I 2, 1974)
- c) gegenüber Gläubigern, die sich nach Konkursbeendigung durch Masseverteilung oder Zwangsvergleich melden (§ 2060 I 3, 1989)
- d) gegenüber Gläubigern, die durch privates Aufgebot ausgeschlossen werden (§ 2061).

Die Verwandtschaft der Fälle a - c mit den oben e (1) - (3) (s. 42) geschilderten ist evident.

3. Der Teilungsbegriff der §§ 2059 ff BGB

Wesentliches Merkmal für die erbrechtliche Haftung eines Miterben ist also die Teilung des Nachlasses.

Unter Teilung kann begrifflich zweierlei verstanden werden: Teilung als Vorgang, d.h. das V e r t e i l e n des Nachlasses, und Teilung als Erfolg, d.h. das V e r t e i l t s e i n des Nachlasses.

Es ist daher zu fragen, wie die Teilung geschieht und wann sie vollzogen ist. Von der Antwort hängt ab, ob die Teilung eines Gesellschaftsanteils durch Erbgang überhaupt den erbrechtlichen Haftungsregeln unterliegt und welche Konsequenzen aus dieser Teilung zu ziehen sind.

- a) Der Begriff "Teilung" als Bezeichnung für den Vorgang ist, für sich betrachtet, neutral. Er deckt ebenso gewillkürtes Handeln eines Beteiligten wie eine kraft Gesetzes eintretende Verteilung des Nachlasses. Das Gesetz verwendet jedoch an anderer Stelle für die Teilung das Wort "Auseinandersetzung" (§ 2042 BGB). Die Auseinandersetzung geschieht durch gewillkürtes Rechtsgeschäft, indem die Erben die Nachlaßgegenstände entweder einem von ihnen oder einem Dritten durch gemeinschaftliche Verfügung (§ 2040 BGB) übertragen und so die Gesamthandsbindung der Erbengemeinschaft aufheben ¹. An diese rechtsgeschäftliche Verfügung knüpfen §§ 2059 ff BGB die haftungverschärfenden Teilungsfolgen (vgl. oben S. 52). Die haftungsmäßigen Sanktionen sollen voreiliges

¹ vgl. Erman-Bartholomeyczik § 2059, 2

Handeln durch aufteilende Tätigkeit¹ zu Lasten der Gläubiger verhindern². Gerade der Strafcharakter der Haftungsverschärfung indiziert, daß der Gesetzgeber den Teilungsakt als vom Willen der Erben getragenen und verursachten Vorgang gesehen hat; grundsätzlich wird nur willentliches Handeln bestraft.

Unter diesen Begriff des Teilens läßt sich die automatische Aufspaltung eines Gesellschaftsanteils nicht ohne weiteres einordnen.

Bedenken gegen die grundsätzliche Anwendung erbrechtlicher Regeln bestehen allerdings hier nicht. Der Gesellschaftsanteil geht durch Sonder - E r b - f o l g e über und ist damit Nachlaßgegenstand³. Der Umstand, daß er den Miterben unmittelbar und nicht der Erbengemeinschaft zufällt, steht damit nicht in Widerspruch und ändert nichts daran, daß es sich um einen Anfall kraft Erbgangs handelt⁴.

Problematisch ist aber, daß die Miterben den Nachlaßgegenstand "Gesellschaftsanteil" sofort geteilt erwerben, ohne auf die Teilung rechtsgeschäftlich

¹ so ausdrücklich Kreß S. 28, 29; Riesenfeld I S. 291

² Deshalb ist z.B. die völlige Erschöpfung des Nachlasses durch Einzelzwangsvollstreckung der Nachlaßgläubiger oder durch Nachlaßverwaltung oder Konkursverwertung keine Teilung im haftungsrechtlichen Sinne (Kreß, Riesenfeld aaO). In diesen Fällen haben die Erben keine Strafe für voreilige Nachlaßteilung verdient.

³ Rokas S. 44 mwN, Rütters S. 277; Siebert Vortrag S.24

⁴ Emmerich ZHR 132 (1969) 297 - 299

einzuwirken oder einwirken zu können.

Der Normzweck der §§ 2059 ff BGB und die Interessenlage können hier zu einer Antwort führen. Die Vorschriften der §§ 2059 ff BGB, die von der Teilung an die Haftung der Miterben verschärfen, sollen die Gläubiger vor einer Minderung oder Verschiebung des Nachlasses schützen. Es ist nicht irgendein Vorgang, an den das Gesetz Haftungsfolgen knüpft, sondern ein Akt mit einem bestimmten Erfolg. Dieser Erfolg, die Benachteiligung der Gläubiger, kann bei der Beurteilung des "Verteilens" nicht außer Betracht bleiben, er ist mitbestimmend für den Inhalt des Teilungsvorgangs. Das zeigt auch der Gebrauch des den Vorgang und den Erfolg umfassenden Wortes "Teilung" durch das Gesetz. Vom Erfolg her gesehen ist es aber für den Gläubiger gleichgültig, ob die Nachlaßminderung oder -teilung durch gewillkürtes rechtsgeschäftliches Handeln der Miterben oder auf andere Weise, etwa kraft Gesetzes, eintrat. Er ist im einen Fall so schutzwürdig wie im anderen, weil ihm der Zugriff auf Nachlaßobjekte erschwert oder vereitelt worden ist, so daß der Gläubiger

einer ersatzweisen Zugriffsmöglichkeit bedarf. Diese ergibt sich, wenn man auch den ipso iure eintretenden Teilungsakt als "Teilung" im Sinne der §§ 2059 ff BGB behandelt ¹. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Lösung nicht ausgeschlossen; der Begriff "Teilung" deckt auch die automatisch eintretende Aufspaltung eines Gesellschaftsanteils. Die Vorstellungen der Gesetzgeber schließen sie gleichfalls nicht aus; man hat die kraft Gesetzes eintretende Teilung gar nicht gesehen. Der Zweck der §§ 2059 ff BGB schließlich erfordert diesen Weg, da der Gläubiger anderenfalls einer solchen Teilung gegenüber schutzlos wäre.

Daneben besteht auch ein praktisches Bedürfnis, die ipso iure eintretende Teilung eines Gesellschaftsanteils als Teilungsakt nach § 2059 ff BGB zu behandeln. Das wird klar, wenn der Nachlaß nur aus dem Gesellschaftsanteil besteht. Faßte man den geteilten Erwerb der einzelnen Miterben nicht zugleich als Teilung des Nachlasses im Sinne von

¹ so ohne nähere Begründung Rokas S. 61; Prasch S. 52; Westermann Hdbuch RdNr. 526; Parr S. 92

§§ 2059, 2060 auf, bliebe den Erben für immer die Einrede des ungeteilten Nachlasses aus § 2059 I BGB erhalten, ohne daß die Gläubiger einen ungeteilten Nachlaß (§ 2059 II) oder Nachlaßanteile als Haftungsobjekt vorfinden. Im Gesamthandseigentum befindet sich ja nichts mehr, weil die Miterben sofort jeder für sich selbständige Gesellschafter geworden sind. Die Aufteilung des Gesellschaftsanteils ipso iure im Erbfall muß daher Teilung im Sinne und mit den Folgen aus §§ 2059 ff BGB sein. Eine andere Frage ist, ob die Haftungsfolgen deshalb, weil sie die Erben vielleicht unverdient treffen, gemildert werden können.

- b) Wann Teilung des Nachlasses im Sinne des Verteiltes e i n s gegeben ist, sagt das Gesetz nicht. Sind sämtliche Nachlaßgegenstände noch Gesamthandseigentum der Miterben oder sind alle verteilt, können sich keine Unklarheiten ergeben. Selten liegt der Fall aber so eindeutig. Regelmäßig wird ein Nachlaß nach und nach entsprechend den Forderungen der Gläubiger oder dem Bedarf einzelner Miterben verwertet oder verteilt. Bereits die Redaktoren des BGB erkannten,

die Frage, ob der Nachlaß geteilt oder ungeteilt sei, bereite häufig Schwierigkeiten, "namentlich in den nicht seltenen Fällen, daß der Nachlaß zum Teile liquidiert, zum Teil noch ungeteilt sei" ¹. Obwohl sie also die Frage der Vorausteilungen gesehen haben, haben sie sie nicht gelöst ².

Rechtsprechung und Literatur haben dazu den heute geltenden "wirtschaftlich-objektiven" Teilungsbegriff erarbeitet. Danach ist die Teilung weder mit der Entnahme des ersten Gegenstandes aus dem Nachlaß vollzogen, noch ist der Nachlaß ungeteilt, bis der letzte Gegenstand aus der gesamthänderischen Bindung gelöst ist. Entscheidend ist vielmehr, ob ein so erheblicher Teil der Nachlaßgegenstände in das Eigenvermögen der einzelnen Miterben überführt ist, daß das Gesamthandsvermögen als Ganzes nach seinen wesentlichen Bestandteilen aufgelöst erscheint ³.

¹ Mugdan 5, Prot. S. 515

² vgl. Endemann S. 507, FN 6

³ OLG München HRR 1938, Nr. 1602; Staudinger-Lehmann § 2059 RdNr. 6; RGRK-Kregel § 2059, 5; Erman-Barth. § 2059, 3; Palandt-Keidel § 2059, 3; RGZ 89, 403 (407); Lange § 52 IV 1, S. 686, 687; Bartholomeyczik § 55 V, 1, 2; Westermann Hdbuch RZ 526

Damit ist sowohl der strenge Teilungsbegriff Binders ¹, der bereits die Entnahme des ersten Nachlaßgegenstandes aus der Gesamthandsbindung als Teilung ansah, wie auch der relative Teilungsbegriff der älteren Literatur ² aufgegeben. Nach letzterer Auffassung soll die Teilung davon abhängig sein, ob die Gläubiger aus dem verbleibenden Nachlaßrest befriedigt werden können ³. Dieses Teilungskriterium ist unbrauchbar, wenn der Nachlaß entweder von Anfang an überschuldet ist oder wenn keine Schulden bestehen. Im ersten Falle träte sofort, im letzteren Falle niemals Teilung ein. Auch auf das subjektive Bewußtsein der Miterben, durch Entnahme von Nachlaßstücken eine Nachlaßteilung im haftungsrechtlichen Sinne herbeizuführen ⁴, kann es nicht ankommen.

Entscheidend ist vielmehr ein Vergleich des Nachlaßbestandes für den Zeitpunkt des Erbfalls und den Zeitpunkt, in dem sich die Frage nach der Teilung stellt. Ergibt dieser objektive Bestandsvergleich, daß die noch vorhandenen Gegenstände nicht mehr als der ursprüngliche Nachlaß angesehen werden könne, ist die Teilung vollzogen.

¹ Teil III, S. 231, 308, 309, 319 FN 24

² Crome S. 748/749; Strohal § 89 VI S. 355; Planck-Strohal, § 2059, 4; Kreß S. 29; Lange-Karpe S. 16, 207; Riesenfeld I s.291; Cosack-Mitteis § 158 V 2 S. 417

³ dagegen schon Endemann S. 507, Anm. 2; ebenso Lange § 52 IV 1 S. 687; Brox RdNr. 861

⁴ Bräcklein NJW 67, 431 ff; ähnlich jetzt scheinbar auch Palandt-Keidel 30. Auflage 1971, § 2059, 3

Zusammenfassung

Die automatische Aufspaltung des Gesellschaftsanteils ist Teilung eines Nachlaßgegenstandes und damit jedenfalls eine teilweise Nachlaßteilung.

Ob sie darüber hinaus Teilung des Nachlasses überhaupt bedeutet, hängt davon ab, ob der Erblasser neben dem Gesellschaftsanteil weitere Werte von wirtschaftlicher Bedeutung hinterlassen hat oder nicht.

Die weitere Untersuchung wird daher zwischen diesen beiden Gestaltungen zu unterscheiden haben.

2. Abschnitt: Die Haftung des Miterben-Gesellschafters bis zur endgültigen Nachlaßteilung, wenn der Nachlaß aus dem Gesellschaftsanteil und anderen Werten besteht

I. Das Problem und die Interessenlage

1. Die Gesetzeslücke

Setzt sich der Nachlaß aus dem Gesellschaftsanteil und anderen erheblichen Werten zusammen, so tritt mit der Aufspaltung des Gesellschaftsanteils eine teilweise Nachlaßteilung ein. Diese Aufteilung stellt aber noch keine Teilung des Nachlasses als solchen dar, wenn im Gesamthandsvermögen der Miterbengemeinschaft weitere Werte verbleiben, die wirtschaftlich gesehen den ursprünglichen Nachlaß noch nicht als aufgelöst erscheinen lassen (vgl. oben S. 59/60).

Von dieser Fallgestaltung soll zunächst ausgegangen werden. Sie kann gegeben sein, wenn zum übrigen Nachlaß, den die Erben vorläufig nicht teilen, etwa ein wertvolles Grundstück und Wertpapiere oder Bankguthaben gehören. Liegen das Grundstück

in Spanien und das Bankdepot in der Schweiz, können die Nachlaßgläubiger daran interessiert sein, den leichter zugänglichen Anteil an einer inländischen Personengesellschaft zu verwerten. Versucht man nun, auf diesen sicherlich nicht lebensfremden Fall die Vorschriften des § 2059 BGB anzuwenden, zeigt sich, daß mit den dort gegebenen Mitteln eine interessengerechte Lösung nicht herbeizuführen ist:

Der Erbe kann, da der Nachlaß als solcher noch nicht geteilt ist, den Zugriff auf sein Eigenvermögen, "das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat" (so § 2059 I 1 BGB), verhindern. Der automatisch geteilte Gesellschaftsanteil wurde mit dem Erbfall Eigenvermögen des Miterben-Gesellschafters, wäre also nach dem Wortlaut des § 2059 I 1 BGB geschützt. Der Erbe haftet zwar auch nach § 2059 I 1 BGB mit seinem Nachlaßanteil. Der Gesellschaftsanteil wird aber gar nicht erst Bestandteil des gemeinschaftlichen Nachlasses. Eine Pfändung des Nachlaßanteils hilft also dem Gläubiger nicht weiter. Der Gläubiger kann schließlich auch nicht mehr über § 2059 II BGB

Befriedigung aus dem Gesellschaftsanteil erlangen, weil der Gesellschaftsanteil nicht zum ungeteilten Nachlaß gehört und auch nie gehört hat.

Dieses aus einer wörtlichen Anwendung des Gesetzes folgende Ergebnis kann nicht befriedigen. Das Gesetz hat hier offensichtlich eine *Lücke*, die darauf beruht, daß seine Väter weder die *sukzessive* Teilung eines Nachlasses noch die *automatische* "gesetzliche" Teilung eines Nachlaßgegenstandes bei der Kodifikation berücksichtigt haben. Auch Siber, der sich in seiner Schrift "Haftung für Nachlassschulden nach geltendem und künftigem Recht" (1937) ausführlich mit einer Neuregelung der Erbenhaftung beschäftigt und auch einen Gesetzesentwurf vorgelegt hat, hat das Problem nicht gesehen. § 2059 II seines Entwurfs, der § 2059 I BGB ersetzen soll, lautet (S. 144)

Ist ihre (der Miterben) Haftung beschränkt, so treten an die Stelle des Nachlasses bis zur Teilung der Erbschaft ihre Erbteile, nachher die ihnen zugeteilten Gegenstände.

Eine ausdrückliche Regelung für das Zwischenstadium fehlt bei Siber wie im BGB.

Der "Breslauer Entwurf" von 1939 bei Lange-Karpe bringt hier keinen Fortschritt. § 2059 dieses Entwurfs, der § 2059 BGB und Sibers § 2059 II BGB ablösen soll, lautet (S. 138):

Bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder Miterbe, der den Gläubigern nicht unbeschränkt haftet, die Berichtigung der Nachlaßschulden aus seinem Eigenvermögen verweigern. Er haftet jedoch mit seinem Anteil am Nachlaß.

2. Die gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe in § 2059 BGB als Ausgangspunkt einer Lückenausfüllung

Wie beinahe jede Rechtsnorm regelt § 2059 BGB Parteiinteressen auf der Grundlage bestimmter Bewertungsmaßstäbe. Die Erwägungen zur Schließung der festgestellten Gesetzeslücke werden sich an den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben und ihrem Bewertungsobjekt, den Parteiinteressen, zu orientieren haben ¹.

¹ vgl. Westermann, Interessenkollisionen S. 4

- a) Die Interessen der Gläubiger gehen im Erbfall dahin, das Geld, das ihnen der Erblasser schuldete, nunmehr von dem oder den Erben einzuziehen. Außerdem wollen die Gläubiger gewährleistet sehen, daß sich der haftende Nachlaß nicht durch Versilberung oder Aufteilung unter die Erben verflüchtigt. Umgekehrt wollen die Erben mit den Schulden des Erblassers möglichst nichts zu tun haben, jedenfalls aber nicht mit ihrem eigenen Vermögen dafür haften, sondern allenfalls mit dem ererbten Nachlaß.
- b) Diese Interessenlage regelt § 2059 BGB nach dem P r i n z i p d e s G l e i c h g e w i c h t s d e r R e c h t e: Solange der Nachlaß ungeteilt ist, braucht der Miterbe keine Vollstreckung in sein Eigenvermögen zu dulden (§ 2059 I 1 BGB). Der Gläubiger wird dadurch nicht benachteiligt. Er kann entweder Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß im Wege der Gesamthandsklage (§ 2059 II BGB) suchen und so in einzelne Nachlaßgegenstände vollstrecken¹ oder den Nachlaßanteil der einzelnen Erben pfänden, um dann einzelne Gegenstände zu verwerten, indem er die Auseinandersetzung betreibt².

¹ Siber S. 106 Nr. 2 weist zutreffend darauf hin, daß das Gesetz hier eine Zugriffsmöglichkeit für fortbestehend erklärt, die an anderer Stelle gar nicht ausdrücklich zugelassen ist.

² vgl. Riesenfeld I 180; Lange-Karpe S. 15 I 1 Boehmer Erbfolge und Erbenhaftung S. 45

Auf diese Weise kann der Gläubiger sich alle Objekte verschaffen, die ihm auch zu Lebzeiten seines Schuldners, des Erblassers, gehaftet hätten, aber eben nur diese und nicht mehr; die Eigenvermögen der Miterben bleiben geschützt, wenn die Erben nicht ausnahmsweise bereits unbeschränkt haften (§ 2059 I 2).

Das wird nun entscheidend anders, wenn die Erben geteilt haben: Dann kann der Gläubiger nicht mehr in einem ungeteilten Nachlaß seine Befriedigung suchen (§ 2059 II) und auch mit einer Anteilspfändung nichts mehr erreichen. Der Gläubiger muß deshalb in die Lage versetzt werden, die verteilten Nachlaßwerte in das Eigenvermögen der Erben hinein zu verfolgen. Das geschieht in der Weise, daß jeder Erbe nach der Teilung ohne das Beschränkungsrecht auf § 2059 I 1 gesamtschuldnerisch und mit seinem gesamten Eigenvermögen auf die ganze Forderung persönlich haftet (§ 2058).

Dieses Gleichgewicht der Rechte funktioniert, solange der Nachlaß überhaupt nicht oder wenn er ganz ge-

teilt wird. Werden einzelne Nachlaßgegenstände geteilt, ohne daß damit ein Stadium vollständiger Teilung des Nachlasses erreicht wird ¹, verschlechtert sich die Position der Gläubiger. Sie müssen einerseits eine Aushöhlung des ungeteilten Nachlasses und der Nachlaßanteile der Miterben hinnehmen. Andererseits können sie nicht in das Eigenvermögen der Miterben nachfassen, da der Nachlaß als solcher noch ungeteilt ist und § 2059 I 1 BGB einer erfolgreichen Vollstreckung in Eigenvermögen der Erben entgegensteht.

Der gesetzliche Bewertungsmaßstab des Gleichgewichts der Rechte erfordert hier einen Ausgleich, der das gestörte Gleichgewicht zugunsten der Gläubiger wiederherstellt. Dabei wird die Lösung des Konflikts zu berücksichtigen haben, daß § 2059 BGB eine *w i l l e n t l i c h e* Teilung als Grundlage der verschärften gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben voraussetzt ². Die Teilung des Gesellschaftsanteils vollzieht sich jedoch nicht kraft Willkürakts der Erben, sondern kraft Gesetzes

¹ vgl. oben S. 59

² s. oben S. 54/55

automatisch, ohne daß die Erben hierauf Einfluß nehmen können. Schließlich wird die zu suchende Lösung praktikabel sein müssen; denn nur eine praktikable Lückenausfüllung kann einen Mangel des Gesetzes gründlich beheben.

II. Die Lösungsvorschläge

Darüber, daß Vorausteilungen einzelner Nachlaßgegenstände das Gleichgewicht der Erben- und Gläubigerrechte in § 2059 BGB stören und die Erben für vorempfangene Nachlaßgegenstände einzustehen haben, besteht Einigkeit. Streitig ist jedoch der Weg, über den diese Einstandspflicht zu realisieren ist.

1. Erweiterte Anteilspfändung

Eine Meinung ¹ will den vorausgeteilten Gegenstand nach wie vor zum Nachlaßanteil des Miterben rechnen und dem Gläubiger auf dem Wege über die Vollstreckung in diesen Nachlaßanteil den Zugriff auf den dem Erben zugeteilten Gegenstand eröffnen.

¹ Kretzschmar ZBlFG 1915, 337 FN 8; Staudinger-Lehmann § 2059, 6; wohl auch Cosack-Mitteis 2./2. Abteilung § 158 V 1 S. 416/417

2. Verwaltungshaftung gemäß §§ 1978, 667 BGB

Das R e i c h s g e r i c h t und mit ihm ein Teil der Literatur ¹ haben den grundsätzlichen Schutz des Eigenvermögens des Erben vor Zugriffen der Nachlaßgläubigers bis zur Teilung des gesamten Nachlasses aufrechterhalten. Die Bedeutung des § 2059 I 1 BGB liege darin, daß der "noch nicht ganz unbeschränkt haftende Miterbe nicht genötigt sein soll, die Verbindlichkeiten unmittelbar zu berichtigen, und zwar auch nicht mit Mitteln, die er schon aus dem Nachlaß erhalten hat" ². Der Erbe kann also den vollstreckenden Gläubiger von dem in sein Eigenvermögen übergegangenen Nachlaßgegenstand abwehren und auf den übrigen ungeteilten Nachlaß verweisen.

Der notwendige Ausgleich für die Nachlaßkürzung durch Vorausverteilung einzelner Gegenstände soll nach dieser Meinung in entsprechender Anwendung der §§ 1978 I und II, 1991 I BGB durch R ü c k g e w ä h r des empfangenen Gegenstandes oder seines Wertes an den Nachlaß geschehen. Nach § 1978 I BGB ist der Erbe, wenn Nachlaßverwaltung oder

¹ RGZ 89, 403 (408) = JW 1917, 541; grundlegend Strohal § 88 II Nr. 3 S. 343 ff. VI S. 355/356; Planck-Strohal-Ebbecke § 2069, 4; Planck-Flad § 1978, 4; Staudinger-Herzfelder 9. Auflage 1928 § 2059, 2; Palandt-Keidel § 2059, 3; Brox RdNr. 861; Kipp-Going § 112 III 2 a FN 18; Westermann Hdbuch RdNr. 526, Soergel-Siebert-Ehard-Eder, 9. Auflage § 2059, 5

² RG aaO

Nachlaßkonkurs angeordnet werden, den Gläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses verantwortlich, und zwar für Geschäfte bis zur Annahme der Erbschaft wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag, für Geschäfte nach der Annahme wie ein Beauftragter ¹. Beide sind zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet (§§ 681 Satz 2, 667 BGB).

Die Haftung für diese Verpflichtung ist unbeschränkt und unbeschränkbar und richtet sich gegen das Eigenvermögen des Erben ². § 1991 I BGB erweitert die Anwendbarkeit der §§ 1978, 667 BGB über die Fälle der Haftungsbeschränkung durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs hinaus auf den Fall der Dürftigkeitseinrede des § 1990 BGB, in dem der Nachlaß für die Kosten dieser Verfahren nicht ausreicht. Die Auffassung des Reichtsgerichts und der ihm folgenden Literatur geht einen Schritt weiter. Sie wendet § 1978 I BGB auch auf den Fall der Haftungsbeschränkung nach § 2059 I BGB unter Miterben an.

¹ Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 58 sieht darin eine des Erben unwürdige Degradation des Erben zum Nachlaßverwalter

² unstreitig, vgl. Staudinger-Lehmann § 1978 RdNr. 26, Erman-Barth. § 1978, 5

3. Unmittelbare Vollstreckung

Eine andere Meinung schließlich geht davon aus, § 2059 I 1 BGB solle nur das vor dem Erbfall vorhandene gewesene Eigenvermögen des Miterben schützen. Diese Auffassung läßt daher eine unmittelbare Vollstreckung in den vorausgeteilten Gegenstand durch den Gläubiger zu ¹.

III. Kritik der Meinungen

1. Erweiterte Anteilspfändung

a) Die Rechte eines Pfändungspfandgläubigers eines Erbanteils

Die Erbteilspfändung führt dazu, daß der Gläubiger zwar nicht an den einzelnen Nachlaßgegenständen, wohl aber an dem gesamten Nachlaßanteil des Miterben ein Pfändungspfandrecht erwirbt. Er könnte dann den allerdings wenig praktischen Weg wählen, den Erbteil zu veräußern oder zu versteigern (§§ 857 V, 844 ZPO). Durch die Überweisung des Erbteils zur Einziehung erlangt der Gläubiger außerdem gemäß §§ 804 I ZPO,

¹ Hagen Jherings Jahrb Bd. 42, 135/136, FN 95 RGRK-Kregel § 2059, 6; Binder III § 43 S. 310 oben; § 44, S. 319; Lange-Karpe S. 16; Riesenfeld I S. 267, 294; Parr S. 92, 93, 94; unklar Ermann-Barth. § 2059, 3, der einerseits die unmittelbare Vollstreckung in den geteilten Gegenstand zulassen will, andererseits aber die Rückgewährpflicht nach § 1978 II, 1991 I anerkennt

1276 BGB ein relatives Veräußerungsverbot nach § 135 BGB über die einzelnen Nachlaßgegenstände. Die Erben können dann nur mit seiner Zustimmung darüber verfügen¹. Daneben erhält der Pfändungsgläubiger die Verwaltungsrechte seines Miterben-Schuldners in der Erbengemeinschaft, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind (§§ 1273 II 1, 1258 BGB). Deshalb kann er auch wie jeder Miterbe die Auseinandersetzung gemäß § 2042 BGB verlangen und betreiben, um auf diese Weise Nachlaßgegenstände zu verwerten². Fällt seinem Miterben-Schuldner bei einer Auseinandersetzung ein Nachlaßgegenstand zu, erlangt er daran automatisch ein Surrogationspfandrecht³.

b) Logische Bedenken gegen einen Zugriff im Wege der Erbteilspfändung

Alle diese Rechte können jedoch nur solche Nachlaßgegenstände ergreifen, die im Zeitpunkt der Pfändung des Nachlaßanteils noch zum Erbteil des Schuldner-Miterben gehören. Das ist weder bei einem rechtsge-

¹ Börner, JuS 1968, S. 109; Westermann Sachenrecht § 136 II 2 b S. 668

² Riesenfeld I 180 oben; Lange-Karpe S. 15 I 1

³ Das war für das Pfändungspfandrecht seit RGZ 60, 126, 133/134 anerkannt (vgl. auch Baumbach-Lauterbach ZPO § 859 2 B); BGHZ 52, 99/105 hat diese Rechtsfolge nunmehr auch für das Vertragspfandrecht gegen RGZ 84, 395, 397 ausgesprochen. Das übersieht Börner JuS 1968, S. 109

schäftlich vorab verteilten Nachlaßgegenstand noch bei einem im Erbfall "gesetzlth" geteilten und dem einzelnen Miterben zugefallenen Gesellschaftsanteil der Fall.

Die Meinung, die den Gläubigern auf den Weg der Erbteilspfändung verweisen will, überspringt nun gewissermaßen diese Teilungsfolge, indem sie nach wie vor den geteilten Gegenstand zum Erbanteil des Miterben rechnet ¹. Damit wird eine dingliche Rechtslage fingiert, die nach einer rechtsgeschäftlichen Vorausteilung nicht mehr besteht und die bei einem Gesellschaftsanteil wegen dessen automatischer Teilung nie bestanden hat. Der Weg über die Erbteilspfändung hält sich insoweit an die gesetzliche Regelung in § 2059 I 1 BGB, als er nur auf solches Eigenvermögen den Zugriff zuläßt, das ohnehin nicht geschützt ist, nämlich den Erbanteil des Miterben. Dieser Erbanteil ist Eigenvermögen ², aber von der Einrede aus § 2059 I 1 BGB ausdrücklich nicht gedeckt. Die Lösung über die Fiktion der fortgesetzten Nachlaßzugehörigkeit des geteilten Gegenstandes

¹ Kretzschmar ZBlFG 1915, 337 FN 8; Staudinger-Lehmann § 2059, 6; wohl auch Cosack-Mitteis 2./2. Abteilung § 158 V 1 S. 416/417

² Börner JuS 1968, 108; Erman-Bartholomeyczik § 2033, 1 g

erscheint aber als zu gewaltsam. Es läßt sich nur schwer vorstellen, daß eine Pfändung, die nach der dinglichen Rechtslage ins Leere gehen muß, trotzdem Erfolg haben soll, weil der gepfändete Gegenstand größer sein soll, als er in Wahrheit ist. Für den Fall nachfolgender Teilung ist geklärt, daß sich das Pfändungspfandrecht am Anteil als Pfandrecht am Surrogat fortsetzt ¹. Wenn die Teilung des Anteils aber der Pfändung vorausgeht, läßt sich ein Surrogationspfandrecht am geteilten Gegenstand nicht mehr ohne logische Schwierigkeiten konstruieren. Die Anteilspfändung kommt zu spät, um diese Folge noch zu sichern.

c) Praktikabilitätsbedenken

Abgesehen davon, daß der Weg über die Pfändung eines fiktiv vergrößerten Erbanteils logisch gekünstelt ist, ergeben sich praktische Schwierigkeiten:

Die Erbteilspfändung setzt eine Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an sämtliche Miterben voraus (§§ 857 I, 829 ZPO) ². Es kommt nicht selten vor, daß Miterben unbekannt oder unauffindbar

¹ vgl. oben S. 73

² RGZ 75, 179; Soergel-Siebert-Ehard-Eder § 2033, 9

sind. Selbst wenn der Gläubiger nur einen bestimmten, ihm bekannten Miterben als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen will, müßte er zunächst entweder alle Miterben ermitteln oder aber für einen unbekannten Miterben einen Pfleger bestellen lassen (§ 1913 BGB). Bis das geschehen ist, kann kostbare Zeit verloren sein.

Auch für die Erbengemeinschaft hat der Zugriff auf den dem einzelnen Miterben zugefallenen Gegenstand über die Pfändung des Nachlaßanteils dieses Erben unerwünschte praktische Nachteile. Der Gläubiger erlangt durch Pfändung und Überweisung des Anteils Mitverwaltungsrechte am gesamten Nachlaß und seinen einzelnen Gegenständen und nicht nur an dem - fiktiv wieder zum Erbteil hinzugedachten - bereits geteilten Objekt. Dadurch wird die Verwaltung und Verwertung des übrigen ungeteilten Nachlasses gestört um eines Gegenstandes willen, der in Wahrheit nicht mehr der gesamthänderischen Bindung und Mitberechtigung aller Erben unterliegt.

2. Die Verwaltungshaftung gemäß §§ 1978, 667 BGB

Das Reichsgericht und die ihm folgende Literatur ¹

¹ RGZ 89, 403(408) = JW 1917, 541; grundlegend Strohal § 88 II Nr. 3 S. 343 ff. VI S. 355/356; Planck-Strohal-Ebbecke § 2069, 4; Planck-Flad § 1978, 4; Staudinger-Herzfelder 9. Auflage 1928 § 2059, 2; Palandt-Keidel § 2059, 3; Brox RdNr. 861; Kipp-Coing § 112 III 2 a FN 18; Westermann Hdbuch RdNr. 526, Soergel-Siebert-Ehard-Eder, 9. Auflage § 2059, 5

kommen durch eine Analogie zur Haftungsbeschränkung gemäß §§ 1990, 1991 auch im Falle teilweiser Verteilung des Nachlasses durch die Aufhebung der Gesamthandsberechtigung an einzelnen Nachlaßgegenständen zur Anwendung der Verwaltungshaftung nach § 1978, 667 BGB ¹. Die Analogie ist ein legitimes und anerkanntes Mittel zur Ausfüllung von Gesetzeslücken. Allerdings müssen die gesetzlich nicht geregelten Interessenlagen den vom gesetzlichen Tatbestand erfaßten wesensähnlich sein, wenn die gesetzliche Bewertung auf sie übertragen werden soll ². Dieser Prüfung ist die vorgeschlagene Lösung über §§ 1978, 667 BGB zu unterziehen.

- a) Systematische Verwandtschaft der Haftungsbeschränkung aus §§ 1990, 1991 und § 2059 BGB

Vom Gesetzesaufbau und der Konstruktion der Haftungsbeschränkungsmittel her dürften keine Bedenken gegen eine analoge Anwendung der Verwaltungshaftung des § 1978 im Rahmen der Haftungsbeschränkung nach § 2059 I 1 bestehen.

¹ s. oben S. 69 -71

² vgl. Westermann, Interessenkollisionen, S. 7 mwN in Anmerkung 10 aaO

Ausgangspunkt für die analoge Anwendung der Verwaltungshaftung ist der Fall der Dürftigkeitseinrede nach §§ 1990, 1991 BGB. Sind die Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllt, tritt o h n e e i n e a m t l i c h e A b s o n d e r u n g d e s N a c h l a s s e s ¹ die Haftungsbeschränkung ein. Für seinen Umgang mit dem Nachlaß hat der Erbe in diesem Fall nach §§ 1978, 667 BGB einzustehen. Die Haftungsbeschränkungsmöglichkeit nach § 2059 I 1 BGB tritt gleichfalls ohne amtliche Verwaltung oder Kontrolle des Nachlasses ein. Die Fälle der §§ 1990, 1991 und 2059 I 1 BGB sind also konstruktiv verwandt ², so daß insoweit keine Bedenken bestehen, § 1978 auf beide Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten anzuwenden. Im Gegenteil, die konstruktive Verwandtschaft indiziert einen Analogieschluß.

b) Tatbestandsfragen

Gegen die Anwendung des § 1978 auch auf den Fall des § 2059 I 1 werden jedoch tatbestandliche Bedenken geltend gemacht.

¹ vgl. oben S. 48; Erman-Bartholomeyczik § 1991, 1

² Riesenfeld I S. 187/188; vgl. oben S. 50

(1) Kregel ¹ meint, § 1978 verlange die Einleitung von Nachlaßkonkurs oder -verwaltung, §§ 1990, 1991 die Dürftigkeit. Diese Voraussetzungen seien im Falle des § 2059 I 1 nicht gegeben, so daß § 1978 hierauf nicht angewandt werden könne. Diese Erwägungen überzeugen nicht. Daß die Voraussetzungen für Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs oder die Dürftigkeitseinrede nicht vorliegen, schließt die Anwendung des § 1978 BGB auf den Fall der Miterbenhaftungsbeschränkung nach § 2059 I BGB nicht aus. Diese Voraussetzungen brauchen hier nicht gegeben zu sein, damit für Miterben die Haftung nach § 1978 BGB eintritt. Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs und Dürftigkeitseinrede sind allgemeine Haftungsbeschränkungsmittel für den Alleinerben. Diese Wohltat der Haftungsbeschränkung wird begleitet und ergänzt von der Verantwortlichkeit des Erben für seine Verwaltungsmaßnahmen gegenüber den Nachlaßgläubigern nach § 1978 BGB. Bei Erbenmehrheit tritt zu den allgemeinen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten der Fall des § 2059 I BGB, der ohne weitere Voraussetzungen durch die bloße Tatsache der Ungeteiltheit des Nachlasses die Erbenhaftung beschränkt. Würde man diesen

¹ in RGRK § 2059, Anm. 13

Fall nicht der unbeschränkbaren persönlichen Ergänzungshaftung aus § 1978 BGB unterwerfen, stünden Miterben nicht nur hinsichtlich der Haftungsbeschränkungsmittel, sondern auch in der Verwaltungshaftung besser als der Alleinerbe. Sie könnten ohne haftungsmäßige Sanktionen den Nachlaß schmälern. Eine derartige Begünstigung gegenüber dem Alleinerben ist nicht zu rechtfertigen. § 1978 BGB muß daher auch für den Fall des § 2059 I BGB gelten ¹. Die Gläubiger werden dadurch nicht benachteiligt, sondern begünstigt, indem ihnen ein Anspruch gegen den Miterben persönlich erwächst, dem er sich nicht durch Haftungsbeschränkung entziehen kann.

Die sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Anwendung des § 1978 BGB sind gegeben. § 1978 BGB deckt auch den Fall der Vorausteilung. Verwaltung im Sinne von § 1978 BGB ist auch die Wahrung des Bestandes des Nachlasses ², Die Entnahme von Gegenständen aus dem Nachlaß ist daher eine Verwaltungsmaßnahme, die den Bestand des Nachlasses mindert und Ansprüche nach § 1978 auslösen kann.

¹ Kreß S. 137 Nr. 6; Riesenfeld § 159, II 67; ähnlich Binder II 144 FN 53; auch Bartholomeyczik § 49 II 3 spricht davon, daß alle Fälle gegenständig beschränkter Haftung von der Verwaltungshaftung nach § 1978 BGB ergänzt werden

² Mugdan 5 Mot S. 337; Staudinger-Lehmann § 1978, 11

(2) Die ipso iure eintretende Teilung eines Gesellschaftsanteils paßt nicht unmittelbar unter den Verwaltungsbegriff, von dem § 1978 BGB ausgeht. Ein willentliches Verwaltungs *h a n d e l n* der Erben in der Form einer Geschäftsführung - § 1978 führt zur Geschäftsführerhaftung nach § 681, 667 - liegt nicht vor. Den Miterben fällt der Gesellschaftsanteil vielmehr ohne eigene Einwirkung auf den Nachlaß zu. Das könnte gegen eine Verwaltungshaftung der Erben sprechen. Andererseits ist es vom Standpunkt des Gläubigers gesehen gleichgültig, warum und durch welchen Rechtsakt sich der Nachlaß verringert hat, ob durch Rechtsgeschäft oder ipso iure ohne Zutun des Erben. Für den Gläubiger ist der Nachlaß in beiden Fällen geschmälert und bedarf einer Ergänzung durch die Eigenhaftung des begünstigten Erben. Der gesetzgeberische Gedanke, der bei rechtsgeschäftlichen Verwaltungshandlungen zur Anordnung der persönlichen Verwaltungshaftung des Erben führte, ist bei einer automatisch einsetzenden Nachlaßverringerung kein anderer. Der Gläubiger ist auch in diesem Falle einer Umwandlung von Nachlaßvermögen in Eigenvermögen schutzwürdig. Deshalb ist es gerecht-

fertigt, auch die ipso iure eintretende Teilung eines Gesellschaftsanteils unter § 1978 BGB zu fassen. Eine andere Frage ist, ob für den aus § 1978 BGB persönlich und unbeschränkt mit dem Eigenvermögen haftbar werdenden Miterben Haftungserleichterungen erforderlich sind, weil er eben nicht durch eigenes Handeln, sondern automatisch der Haftung aus § 1978 BGB unterworfen wird.

c) Inhaltskontrolle des Anspruchs aus § 1978, 667 BGB

Weiterhin ist zu prüfen, ob der Anspruch aus §§ 1978, 667 BGB gegen den Miterben-Gesellschafter zu einem materiell gerechten Ausgleich zwischen Gläubiger- und Erbeninteressen führt.

(1) Der Inhalt des Anspruchs aus § 1978 im Regelfall

Der Anspruch aus § 1978 BGB ist auf H e r a u s -
g a b e gerichtet. Das folgt aus der Verweisung auf die Regeln des Auftrags, die in § 667 BGB den Beauftragten verpflichten, das Erlangte herauszugeben. Das Reichsgericht ¹ spricht zwar von "Rückgewähr", meint damit aber nicht die Rückgewähr im Sinne der §§ 7 AnfG, 37 KO durch Duldung der Zwangs-

¹ RGZ 89, 403, 408, Urteil vom 13.2.1917

vollstreckung, sondern die rechtsgeschäftliche Rückgabe. Das ergibt sich daraus, daß das Reichsgericht den Erben vor einer Zwangsvollstreckung in den vorausgeteilten Gegenstand, wie sie damals bereits vertreten wurde ¹, schützen wollte.

(2) Anspruchsinhalt bei Gesellschaftsanteilen

(a) Mangelnde Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils

Eine solche Herausgabe in natura ist bei Gesellschaftsanteilen jedoch nur selten zu realisieren. Der Anteil an einer Personengesellschaft ist grundsätzlich nicht übertragbar ². Die Gesellschafter können zwar generell oder im Einzelfall die Übertragung eines Gesellschaftsanteils zulassen ³. Dieser Fall ist jedoch nicht die Regel und bei einer gesellschaftsvertraglichen Erbregelung durch Nachfolgeklausel wohl kaum anzutreffen. Die Nachfolgeklausel hat den Zweck, mit größtmöglicher Sicherheit bestimmte Nachfolger zu berufen, die ohne Zwischenstadium der Ungewißheit Gesellschafter werden sollen ⁴. So, wie die Nachfolgeklausel für den Erbfall Gewißheit über den Kreis der Gesellschafter schaffen soll, gewährleistet die Unübertragbarkeit

¹ Hagen JheringsJ Bd. 42, 135 FN 95; Kretzschmar ZBlFG 1915, 337 FN 8

² vgl. statt aller Palandt-Thomas § 717, 1 a; 719 2 b

³ HM, vgl. BGHZ 13, 179; Staudinger-Keßler § 719, 4; Westermann Hdbuch RZ 319

⁴ s.o. S. 7

des Gesellschaftsanteils unter Lebenden die Geschlossenheit des Gesellschafterkreises. Nachfolgeklausel und fehlende Übertragbarkeit der Mitgliedschaft korrespondieren wegen ihres gemeinsamen Zwecks, die Bindung der Gesellschaftsanteile an bestimmte Gesellschafterpersonen zu wahren.

Einer Herausgabepflicht nach §§ 1978, 667 kann der Gesellschaftermiterbe daher regelmäßig nicht durch Übertragung des Gesellschaftsanteils als solchen nachkommen.

(b) Ersatzweise Abtretung der vermögensrechtlichen Ansprüche

Dagegen könnte der Miterben-Gesellschafter die nach § 717 Satz 2 BGB übertragbaren Gesellschafterrechte an die Gläubiger abtreten, nämlich den Anspruch auf den Ersatz von Aufwendungen anlässlich einer Geschäftsführung (§ 670 BGB), auf den Gewinn und auf das Auseinandersetzungsguthaben. Diese Vermögensrechte des Gesellschafters sind, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (§ 399 BGB), frei abtretbar, weil sie das persönliche Verhältnis zwischen den Gesellschaftern nicht in dem Maße

berühren wie die Übertragung der eigentlichen Mitgliedschaftsstellung. Es fragt sich aber, ob mit einer Abtretung dieser Teilrechte der Mitgliedschaft den Gläubigern die notwendige Entschädigung für die Minderung des Nachlasses um den Gesellschaftsanteil zukommt.

Für die Gläubiger, die ihre Forderung realisieren wollen, ist von entscheidendem Wert die materielle Substanz des Gesellschaftsanteils, "dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt" (§ 135 HGB). Vor einer Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens (§§ 730 - 734) oder einer Abfindung des Gesellschafters (§§ 738 - 740) gibt es ein solches geldwertes Guthaben des einzelnen Gesellschafters nicht. Der Gesellschafter hat lediglich einen Anspruch auf das künftige Guthaben, dessen konkrete Höhe von der Ermittlung im Auseinandersetzungs- oder Ausscheidensfall abhängt. Geldeswert erlangt der abtretbare Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben daher erst, wenn die Gesellschaft liquidiert wird oder der Gesellschafter ausscheidet. Beide Fälle treten mit dem

Einrücken eines Miterben-Nachfolgers in die Gesellschaft nicht ein ¹. Der Gläubiger, dem dieser Anspruch abgetreten würde, könnte auch nicht selbst die Gesellschaft kündigen und dadurch den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben konkretisieren und fällig werden lassen ².

Mit der Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben käme der Gläubiger also der Realisierung seiner Forderung nicht näher.

Die weiteren in § 717 BGB als übertragbar genannten Ansprüche auf Aufwendungsersatz und Gewinn dürften ebenso wenig wie der bloße Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben eine Entschädigung für die Minderung des Nachlasses um den Gesellschaftsanteil darstellen. Ob Aufwendungsersatzansprüche des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesellschaft überhaupt bestehen, hängt von den Zufälligkeiten der Gesellschaftsorganisation und der Geschäftsführung ab. Ein Gewinn setzt eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit voraus. Darauf kann der Gläubiger aber keinen Einfluß nehmen ³. Nach einer Abtretung

¹ Zunft NJW 1957, S. 1129, 1132 B I r. Sp;
Siebert Vortrag S. 21 Rauch S. 136; Westermann
RdNr. 535; Schmitz-Herscheidt S. 105; Behrens S. 11

² Palandt-Thomas § 717, 2 c; Staudinger-Keßler
§ 717 RdNr. 18, 19; RGZ 90, 21, Westermann Hdbuch
RZ 327; in RZ 332 wird das Auseinandersetzungsgut-
haben als problematischer Sicherungswert bezeichnet.

³ Staudinger-Keßler § 717 RdNr. 14; Lutz Emmerich S. 49

des Gewinnanspruchs hätte der Gläubiger daher allenfalls eine Gewinnaussicht und müßte möglicherweise jahrelang auf die Realisierung seiner Forderung warten ¹.

(c) Konsequenz: Wertersatzpflicht für den geteilten Gesellschaftsanteil

Die Gläubiger können also nicht unmittelbar auf den Gesellschaftsanteil zugreifen, der Miterben-Gesellschafter andererseits den Anteil auch nicht als ganzen übertragen, sondern nur in Teilansprüchen, die den Gläubigern keinen wirtschaftlichen Ersatz für die Nachlaßminderung um den Gesellschaftsanteil bieten. Wirtschaftlich betrachtet entspricht diese Gestaltung dem Fall, daß der Erbe einen Nachlaßgegenstand weggegeben oder verwertet hat und ihn nicht zurückschaffen kann. Bei der Erörterung der Verwaltungshaftung nach § 1978 BGB haben die Redaktoren des BGB die Möglichkeit untersucht, daß ein Erbe einen Nachlaßgegenstand verbraucht oder rechtsgeschäftlich über ihn verfügt hatte. Sie kamen zu dem Ergebnis, der Erbe müsse für den dem Nachlaß

¹ vgl. Lutz Emmerich S. 51

entnommenen Gegenstand Ersatz leisten¹. Derselbe Gedanke bietet sich hier an, obwohl der Nachlaßgegenstand "Gesellschaftsanteil" weder verbraucht noch in das Eigentum Dritter übergegangen ist. Er ist aber aus dem Nachlaß ausgeschieden und kann nicht zurückgegeben werden. Das rechtfertigt seine Behandlung als für den Nachlaß verloren. Diesen Verlust des Nachlasses hat der Miterbe den Nachlaßgläubigern zu ersetzen, denn ihm gebührt nur der Überschuß über die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2047 BGB). Wäre ein Beauftragter nicht in der Lage, das Erlangte im Sinne von § 667 an den Auftraggeber herauszugeben, wäre er wegen Unvermögens (§ 280 BGB) ersatzpflichtig. Für das gesetzlich fingierte Auftragsverhältnis zwischen Erben und Gläubigern gilt das gleiche Ergebnis:

Der Miterbe hat den Gläubigern für die Minderung des Nachlasses um den G e s e l l s c h a f t s a n t e i l E r s a t z z u l e i s t e n .

¹ Mugdan 5 Mot. S. 337; Strohal II S. 78 III 2 b S. 263; die dort und bei Staudinger-Lehmann § 1978 RdNr. 13 mwN erörterte Frage einer dinglichen Surrogation des mit Nachlaßmitteln angeschafften Ersatzgegenstandes stellt sich hier nicht, da der Miterbengesellschafter den Gesellschaftsanteil nicht austauscht, sondern ihn behält.

(3) Die Wertersatzhaftung nach § 1978 BGB

Für diesen Geldanspruch auf Wertersatz, der sich aus der Eigenart des vererbten Gesellschaftsanteils ergibt, haftet der Miterbe nach § 1978 unbeschränktbar persönlich, und zwar auch mit seinem Eigenvermögen.¹

Der Erbe muß also, um die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, den Gegenwert des ihm zugefallenen Gesellschaftsanteils aus seinem gesamten Vermögen und nicht lediglich aus den ihm zugefallenen Nachlaßmitteln aufbringen².

(a) Mangelnde Verwertbarkeit des Gesellschaftsanteils führt zur Inanspruchnahme des Eigenvermögens

Gerade der ererbte Gesellschaftsanteil aber scheidet als Kapitalquelle für den Miterben-Gesellschafter regelmäßig aus. Im Kontinuitätsinteresse der Gesellschaft und der einzelnen Gesellschafter wird die Kündigung der Gesellschaft, die zur Auszahlung des Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthabens führen und dem Erben liquide Mittel in die Hand geben würde, häufig im Gesellschaftsvertrag für längere Zeit ausgeschlossen³. Zum Schutz der Gesellschaft

¹ unstreitig; vgl. Staudinger-Lehmann § 1978, 26; Erman-Bartholomeyczik § 1978, 5

² Ob dieser Gegenwert nach dem "wahren Wert" der Beteiligung oder nach dem Auseinandersetzungsguthaben oder nach dem Abfindungsguthaben zu berechnen ist, kann hier offen bleiben, da es für den weiteren Gang der Arbeit hierauf nicht mehr ankommen wird.

³ vgl. Westermann Hdbuch RG 629

vor plötzlichem Kapitalentzug schiebt der Gesellschaftsvertrag außerdem regelmäßig die Fälligkeit des Guthabens für den Fall einer Kündigung hinaus und bestimmt Zahlung in Raten ¹. Selbst wenn die Kündigung vertraglich nicht erschwert, sondern im Rahmen der §§ 723 I BGB, 132 HGB frei zulässig wäre, könnte der kündigende Miterbe aber nicht sofort über sein Guthaben verfügen. Bei einer oHG und einer KG müßte er zunächst die sechsmonatige Kündigungsfrist und den Kündigungstermin (Schluß des Geschäftsjahres; § 132 HGB) einhalten. Bei der BGB-Gesellschaft besteht diese Einschränkung zwar nicht. Dennoch dauert es auch dort trotz jederzeit zulässiger Kündigung gewöhnlich Monate, bis das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben auf Grund einer zwischen den allgemeinen Bilanzstichtagen aufzustellenden Bilanz überhaupt ermittelt ist. Bei oHG und KG kommt die Ermittlungszeit für das Guthaben noch zu den einzuhaltenden Fristen des § 132 HGB hinzu. Schließlich kann der kündigende Gesellschafter bei Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Partnern (§§ 138 HGB, 736 BGB) verpflichtet sein,

¹ vgl. Westermann Hdbuch RZ 632

zur Existenzerhaltung der Gesellschaft bei der Erhebung seines Guthabens Rücksicht zu nehmen (§ 242 BGB). ¹

Dies alles führt dazu, daß ein Miterbe sein in der Gesellschaftsbeteiligung repräsentiertes ererbtes Vermögen nicht in der erforderlichen Weise realisieren kann, um die Gläubiger zu befriedigen. Die Gläubiger werden sich um diese Schwierigkeiten des Schuldner-Miterben nicht kümmern, sondern ihn mit dem übrigen Vermögen, d.h. seinem Eigenvermögen, in Anspruch nehmen.

Damit wirkt sich der Grundgedanke des § 2059 I 1 BGB, den Erben vor einer Inanspruchnahme seines Eigenvermögens zu schützen, bei Anwendung der Verwaltungshaftung aus §§ 1978, 667 BGB in das Gegenteil aus: Weil der Erbe sein Kapital nicht aus der Gesellschaft ziehen kann, wird er genötigt, sein Eigenvermögen einzusetzen.

Das Reichsgericht wollte den Miterben vor der Notwendigkeit schützen, bis zur vollständigen Teilung des Nachlasses "Verbindlichkeiten unmittelbar zu berichtigen, und zwar auch nicht mit Mitteln des

¹ vgl. Staudinger-Keßler § 738, 12

Nachlasses, die er schon aus dem Nachlaß erhalten hat".¹ Es verwies deshalb den Gläubiger unter Aufrechterhaltung der Einrede aus § 2059 I 1 BGB auf den Anspruch aus § 1978 BGB. Dabei wurde übersehen, daß sich der Herausgabeanspruch aus § 1978 in einen Geldanspruch umwandeln kann - etwa im Falle des § 283 BGB - und im Falle der Vererbung einer Gesellschaftsbeteiligung regelmäßig verwandeln muß. Weiter wurde nicht erkannt, daß der Erbe für diesen Geldanspruch der unbeschränkbaren Eigenhaftung unterliegt, was bei einem durch Nachfolgeklausel vererbten Gesellschaftsanteil wegen dessen schwieriger Verwertbarkeit dazu führt, daß der Erbe zur Regulierung der Nachlaßverbindlichkeiten Eigenvermögen einsetzen muß. Der Miterben-Gesellschafter gerät damit in eine Haftungslage, die dem von § 2059 I 1 BGB verfolgten Schutz des Eigenvermögens entgegengesetzt ist.

(b) Subsidiarität der Haftung aus § 1978 BGB?

Es fragt sich, ob eine derartige Inanspruchnahme des Eigenvermögens des Miterben-Gesellschafters über

¹ RGZ 89, 404, 408

§ 1978 BGB dadurch vermieden werden kann, daß man den Anspruch aus § 1978 BGB nur subsidiär eingreifen läßt. Solange der Nachlaß noch nicht gänzlich aufgeteilt ist - das ist der hier gegebene Ausgangsfall - können die Gläubiger noch gegen den ungeteilten Nachlaß nach § 2059 II BGB vorgehen und sich aus dem befriedigen, was außer dem geteilten Gesellschaftsanteil in den Nachlaß gefallen ist.

(aa) Riesenfelds Erwägungen für eine Subsidiarität

Wegen dieser den Gläubigern offenstehenden Befriedigungsmöglichkeit aus dem ungeteilten Nachlaß hält Riesenfeld ¹ den Anspruch aus § 1978 BGB nur für gegeben, wenn offensichtlich aus Mitteln des Nachlasses keine Befriedigung zu erzielen ist. Die persönliche Haftung soll den Erben also nur subsidiär treffen.

Riesenfeld argumentiert, das Verhältnis zwischen Erben und Gläubigern sei kein reines Auftragsverhältnis, die Gläubiger seien nicht die Herren der erbschaftlichen Geschäfte, ihr Interesse werde durch die Höhe ihrer Forderungen begrenzt. Außerdem entspreche

¹ IS. 160 f

die an sich zulässige Vollstreckung in Eigenvermögen nicht dem Prinzip des Gesetzes, wonach allein der Nachlaß haften solle.

Diese Auffassung einer nur subsidiären persönlichen Verwaltungshaftung des Erben nach dem Nachlaß findet im Wortlaut des Gesetzes und in den Materialien keine Stütze. Aus der Tatsache, daß die Ansprüche aus § 1978 BGB auch bei Anordnung der Nachlaßverwaltung gegeben sind, ist eher auf das Gegenteil zu schließen. Ein Nachlaß, über den die Verwaltung angeordnet wird, braucht nicht überschuldet und kann also solvent sein (§ 1981). Wenn den Gläubigern gleichwohl Ansprüche aus der Erbenverwaltung erwachsen sollen, spricht das dafür, daß es auf die sonstigen Befriedigungsmöglichkeiten der Erben nicht ankommt.

Daß den Gläubigern nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er in den Haftungsbeschränkungsmitteln zum Ausdruck gekommen ist, grundsätzlich nur der Nachlaß haften soll, ist richtig ¹. Es soll aber der ganze Nachlaß sein, und aus dem ganzen Nachlaß

¹ vgl. Siber S. 11, 111

können die Gläubiger ohne Vor- oder Nachrang bestimmter Gegenstände ihre Befriedigung suchen. Der Anspruch aus § 1978 BGB ist das Surrogat für etwa nicht mehr vorhandene Nachlaßgegenstände. Er vervollständigt den geschmäälerten Nachlaß. Wie die Gläubiger auf den ursprünglichen Nachlaßgegenstand nach ihrer Wahl zugreifen konnten, müssen sie auch aus dem Ersatzanspruch vorgehen können. Der Umstand allein, daß es sich um ein Surrogat handelt, besagt über das Zugriffsrecht der Gläubiger und eine dabei einzuhaltende Rangfolge nichts. Auch bei der dinglichen Surrogation des § 2041 BGB ist nicht bestimmt, daß Ersatzgegenstände erst in zweiter Linie verwertet werden dürfen.

Richtig ist auch, daß ein echtes Auftragsverhältnis zwischen Erben und Gläubigern nicht besteht, sondern lediglich ein fingiertes. Daraus folgt aber nicht, daß die Ansprüche aus diesem Auftragsverhältnis subsidiär sein sollen. Das Auftragsverhältnis wird fingiert, damit über die Haftung des Beauftragten der Nachlaß wieder vollständig wird. Daß das Surrogat gegenüber Gläubigerzugriffen privilegiert sein soll, ist damit nicht gesagt.

(bb) Die Automatik der Teilung als Rechtfertigung einer Subsidiarität?

Abgesehen von den Erwägungen Riesenfelds könnte jedoch in angegebenem Fall die Automatik, mit der der Anspruch aus § 1978 BGB durch die unmittelbare Aufteilung des Gesellschaftsanteils entsteht, im Interesse der sofort hieraus persönlich haftbar gewordenen Miterben für eine Subsidiarität dieser Haftung sprechen. Der Erbe, der sich im Regelfall des § 1978 BGB ersatzpflichtig macht, tut das gewöhnlich durch eigene Entschlüsse und Handlungen. Hier wird er von der Ersatzpflicht sozusagen überrascht, weil sie ohne Zutun bereits mit dem Erbfall und der Teilung des Gesellschaftsanteils eintritt. Andererseits werden auch die Gläubiger vor diese Situation gestellt, ohne sich zuvor darauf einrichten zu können. Der Nachlaß ist bereits mit dem Erbfall um den Gesellschaftsanteil geschmälert, ohne daß die Gläubiger sich seinen Wert durch Zugriff auf den Erbanteil des einzelnen Miterben (§ 2059 I 1 BGB) oder auf den ungeteilten Nachlaß (§ 2059 II BGB) sichern konnten.

Sind die Gläubiger aber bereits durch die Schmälerung des Nachlasses beeinträchtigt, so wäre es eine weitere Kürzung ihrer Rechte, wenn man von ihnen erwartete, sie müßten sich zunächst an den sonstigen ungeteilten Nachlaß halten und vor einer persönlichen Inanspruchnahme des Miterben-Gesellschafters ihren Ausfall nachweisen. Dem Miterben-Gesellschafter geschieht materiell kein Unrecht, wenn er sofort nach § 1978 BGB in Anspruch genommen werden kann. Er hat den Gegenwert seiner Haftung in Form seines Gesellschaftsanteils erhalten. Wenn der ungeteilte sonstige Nachlaß für die Befriedigung des aus § 1978 BGB vorgehenden Gläubigers ausreicht, kann der Erbe vor der Teilung des Restes nach § 2046 BGB für die Regulierung der Forderung sorgen. Ergibt sich, daß der sonstige Nachlaß nicht ausreicht, haftet der Miterben-Gesellschafter ohnehin zu Recht persönlich.

Eine Subsidiarität des Anspruchs aus § 1978 BGB ist also abzulehnen. Damit verbleibt es bei der Konsequenz, daß die Verweisung der Gläubiger auf § 1978 BGB zu einer Haftung des Miterben-Gesellschafters primär mit dem Eigenvermögen führt (s.o. S. 92).

Das widerspricht dem Schutzzweck des § 2059 I 1 BGB, der das vor dem Erbfall vorhandene gewesene Eigenvermögen dem Gläubigerzugriff entziehen will. Gemäß § 1978 BGB würde dieses Vermögen gerade dem Zugriff ausgeliefert. Deshalb ist die Konstruktion des Reichsgerichts und der ihm folgenden Literatur abzulehnen.

d) Praktikabilitätserwägungen zur Haftung aus § 1978, 667

Ergänzend bleibt die Praktikabilität der Verweisung des Gläubigers auf den Anspruch aus §§ 1978, 667 BGB zu untersuchen.

Wie der Anspruch aus § 1978 gegen den Erben von den Gläubigern geltend zu machen ist, ist streitig.

Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß die Ansprüche aus der Verwaltungshaftung zwar "den Nachlaßgläubigern zustehen", aber als "zum Nachlaß gehörend gelten" (§ 1978 II BGB)¹. Damit fragt sich, ob die Gläubiger nun unmittelbar gegen den Erben vorgehen können oder ob sie sich die Ansprüche erst aus dem Nachlaß verschaffen müssen.

¹ Es handelt sich hier um eine eigenartige Regelung, die sonst im Gesetz nicht wiederkehrt (Lange-Karpe S. 8 FN 2).

(1) Problematik und Meinungsstand

§ 1978 I BGB geht davon aus, daß die Haftungsbeschränkung durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs, also durch ein amtliches Verfahren, herbeigeführt worden ist. In diesen Fällen übernimmt der Verwalter die Befriedigung der Gläubiger. Damit er auch die Ansprüche aus der Verwaltungshaftung gegen den Erben geltend machen kann, wird in § 1978 II BGB die Zugehörigkeit dieser Forderungen zum Nachlaß fingiert ¹. Dadurch werden die Gläubiger gehindert, die Forderungen während der amtlichen Nachlaßsonderung selbst geltend zu machen ².

Im Falle der Dürftigkeit (§ 1990 BGB) und der Unterteiltheit (§ 2059 I BGB) des Nachlasses tritt die Haftungsbeschränkung ohne amtliche Verwaltung ein. Eine Person, die kraft Amtes die Gläubigeransprüche einzuziehen und zu regulieren hat, existiert in diesen Fällen nicht. Die Gläubiger müssen ihre Ansprüche vielmehr selbst gegen den oder die Erben verfolgen. In § 1991 I BGB wird für den Fall der Dürftigkeit hinsichtlich der Verwaltungshaftung

¹ Binder Teil II S. 104; Staudinger-Lehmann § 1978, RdNr. 26 Abs. III

² vgl. Soergel-Siebert-Ehardt-Eder § 1978, 4

des Erben aber auf den vollen Tatbestand des § 1978 BGB einschließlich dessen Absatz 2 verwiesen. Daraus leitet die wohl überwiegende Meinung in der Literatur her, daß in diesem Falle der einzelne Nachlaßgläubiger nicht unmittelbar gegen den Erben klagen könne, weil eben die Ansprüche aus § 1978 BGB "zum Nachlaß gehören". Er müsse vielmehr diesen Anspruch gegen den Erben als Nachlaßgegenstand pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, um dann gegen den einzelnen Erben zu klagen. ¹

Dagegen wird eingewandt, ohne amtliche Nachlaßsonderung bestehe kein Bedürfnis, die Gläubiger an der direkten Durchsetzung der materiell ihnen zustehenden Ansprüche gegen die Erben zu hindern. Die Notwendigkeit einer vorhergehenden Pfändung sei ein unnützer Umweg ².

(2) Notwendigkeit einer Pfändung zur Klärung
der Rangfolge der Gläubiger

Siber ³ und Lange-Karpe ⁴ weisen jedoch zu Recht darauf hin, daß die unmittelbare Klage jedes einzelnen

¹ Staudinger-Lehmann § 1978, 26 aE; RGRK - Johannsen § 1978, 4 und 1989, 8; Siber S. 48; Hellwig Anspruch und Klagerecht S. 241 FN 21; Strohal II S. 344 Lange-Karpe S. 8/9

² Erman-Bartholomeyczik § 1991, 3 a; Staudinger-Lehmann § 1991, 9 aE im Widerspruch zu § 1978, 26 aE; de Boor, Kollision von Forderungsrechten S. 58 Abs. 2; Binder II 104, III 129; Kreß S. 138

³ S. 77 und bei Lange-Karpe S. 226

⁴ S. 87

Gläubigers gegen den Erben aus § 1978 BGB zu Unklarheiten in der Rangfolge der Gläubiger und dazu führen kann, daß mehrere Gläubiger gleichzeitig oder nacheinander denselben Anspruch aus § 1978 BGB geltend machen. Der Erbe braucht hierauf aber nur einmal zu zahlen. Allein der Umstand, daß ein Gläubiger als erster Klage erhebt, gibt ihm noch keinen Vorrang vor den übrigen. Auf die Einrede der Rechtshängigkeit (§§ 263 II 1, 274 II 4 ZPO) kann sich der Erbe, wenn die nächste Klage erhoben wird, nicht berufen, da keine Parteienidentität vorliegt. Erfüllung kann der Erbe nur einwenden, wenn er an einen Gläubiger geleistet hat, wobei wieder unklar bleibt, an wen er berechtigterweise zahlen darf. Der Erbe dürfte zwar hinterlegen, weil er sich in unverschuldeter Unge-
wißheit über die Person des - richtigen - Gläubigers befindet (§ 372 S. 2 2. Fall BGB). Damit wäre aber die Rangfolge nicht geklärt, sondern der Streit nur den Gläubigern zugeschoben, die sich ihrerseits über die Verteilung des hinterlegten Betrages auseinandersetzen müßten.

Diese Schwierigkeiten würden vermieden, wenn der Gläubiger, der den Anspruch aus § 1978 BGB gegen den Erben geltend machen will, den Anspruch erst pfänden müßte. Die Pfändung schafft klare Rangverhältnisse (§ 804 III ZPO). Der Gläubiger wird durch die Notwendigkeit vorheriger Pfändung nicht benachteiligt, da er auch den Nachlaßgegenstand, an dessen Stelle der Ersatzanspruch getreten ist, nicht ohne weiteres hätte herausverlangen, sondern nur in ihn hätte vollstrecken können. Darüber hinaus schafft die Notwendigkeit einer Pfändung auch klare materielle Verhältnisse. Die Pfändung setzt eine Titulierung der Forderung gegen den Nachlaß voraus, zwingt also zur vorherigen Klärung, ob überhaupt eine Nachlaßforderung besteht.

(3) Konsequenz der Pfändung: Weitere Klage

Hat nun ein Gläubiger nach vorheriger Titulierung seiner Nachlaßforderung den Anspruch gegen den Miterben aus § 1978 gepfändet und sich überweisen lassen, kann er den Miterben zur Leistung auffordern. Leistet der Schuldner-Miterbe nicht, muß der Gläubiger aus dem gepfändeten und überwiesenen Anspruch Klage

auf Herausgabe oder Wertersatz erheben. Unmittelbar vollstrecken kann der Gläubiger aus dem Anspruch aus § 1978 BGB nicht, und zwar weder in das Eigenvermögen des Erben noch in dessen Nachlaßanteil noch in einen Nachlaßgegenstand. Er könnte zwar aus dem zugrunde-
liegenden Titel über die Nachlaßschuld vollstrecken. Dabei käme er aber weder an das Eigenvermögen des Miterben heran, das durch § 2059 I 1 geschützt ist, noch könnte er den geteilten Gegenstand über den Nachlaßanteil des Miterben oder den ungeteilten Nachlaß in Anspruch nehmen (§ 2059 II). Zu diesen Vermögensmassen gehört der geteilte Gegenstand nicht mehr. Hier zeigt sich die entscheidende praktische Schwäche der Konstruktion eines Interessenausgleichs über § 1978. Um überhaupt den Anspruch geltend machen zu können, muß der Gläubiger aus seiner Nachlaßforderung klagen und aus dem erstrittenen Titel den Anspruch aus § 1978 pfänden. Diese erste Klage ist nicht weiter problematisch, da jeder Gläubiger, der seine Forderung gegen widerstrebende Erben durchsetzen will, zur gerichtlichen Klärung genötigt ist. Hat er diesen Titel, kann er den Nachlaßanteil der einzelnen

Miterben pfänden (§ 2059 I 1) und sich überweisen lassen, um so Nachlaßgegenstände durch Auseinandersetzung zu verwerten (§ 2042) ¹, sofern sich der Titel nur gegen einzelne Miterben richtet. Hat der Gläubiger einen oder mehrere Titel gegen alle Miterben, wofür er zweckmäßigerweise sorgen sollte, kann er unmittelbar in den Nachlaß und seine Gegenstände vollstrecken (§ 747 ZPO), auch wenn der Titel lediglich gegen die Miterben als Gesamt s c h u l d n e r ergangen ist und nicht gemäß § 2059 II gegen sie als Gesamth ä n d e r ². Erneut zu klagen braucht der Gläubiger nicht, um seinen Titel über die Nachlaßschuld zu realisieren:

Will der Gläubiger nun einen bereits geteilten Gegenstand verfolgen - etwa weil dieser am leichtesten zugänglich und verwertbar ist - und muß er dabei nach § 1978 BGB vorgehen, wird er zu einer neuen Klage genötigt. Damit verschlechtert sich seine Lage im Falle einer Vorausteilung auch prozessual. Die Teilung verringert nicht nur den haftenden Nachlaß (§ 2059 II) und die Nachlaßanteile (§ 2059 I 1), sie zwingt den Gläubiger auch zu einem erneuten

¹ Börner JuS 1968, 108 ff; Lange-Karpe S. 15 I 1, Boehmer, Erbfolge S 45

² Staudinger-Lehmann § 2059, 2

Prozeß, wenn er wirtschaftlich die alte Haftungslage wiederherstellen will, wie sie ohne Vorausteilung bestanden hätte.

Damit erweist sich der Weg über die Verwaltungshaftung aus § 1978, 667 auch unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität als ungeeignet, das Gleichgewicht der Schuldner- und Gläubigerrechte wiederherzustellen.

3. Unmittelbare Vollstreckung in den geteilten Gegenstand.

Als dritte Lösung des Interessenkonflikts wird die unmittelbare Vollstreckung in den vorausgeteilten Gegenstand vorgeschlagen ¹. Dieser Zugriff führt zu einer "Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das der Miterben außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat" und damit zu einer Durchbrechung des Gesetzes (§ 2059 I 1). Diese Durchbrechung ließe sich nur rechtfertigen, wenn sie auf der Grundlage der gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe zu einem gerechten Interessenausgleich führte und die Nachteile der anderen Lösungsvorschläge vermiede.

¹ Hagen Jherings Jahrb Bd. 42, 135/136, FN 95; RGRK-Kegel § 2059, 6; Binder II § 43 S. 310 oben; § 44, S. 319; Lange-Karpe S. 16; Riesenfeld I S. 267, 294; vgl. oben S. 72

a) Vorteile gegenüber der Anteilspfändung

Der Weg über die Anteilspfändung nach § 2059 I 1 BGB mußte abgelehnt werden, weil er einer logisch schwer zu vollziehenden Fiktion bedarf ¹. Derartige logische Schwierigkeiten bestehen beim unmittelbaren Zugriff auf den geteilten Nachlaßgegenstand nicht. Als Vermögensgegenstand des Miterben-Schuldners ist auch der geteilte Nachlaßgegenstand im Eigenvermögen des Miterben grundsätzlich pfändbar (§ 781 ZPO). Das Gesetz hat lediglich in § 2059 I 1 BGB eine besondere Schutzvorschrift geschaffen, die dem Erben ein Abwehrrecht gibt, das er in einem besonderen Verfahren (Vollstreckungsgegenklage, vgl. §§ 780, 781, 785, 767 ZPO) durchsetzen muß. Wird dem Erben die Berufung auf § 2059 I 1 BGB hinsichtlich des vorausgeteilten Gegenstandes versagt, bleibt es bei der nach allgemeinen Regeln gegebenen Rechtslage, d.h. bei der Zugriffsmöglichkeit in jedes dem Erben gehörende Vermögensstück einschließlich des vorausgeteilten Nachlaßgegenstandes.

¹ vgl. oben S. 73/74/75

Eines Titels gegen alle Miterben bedarf der Gläubiger zur Inanspruchnahme des geteilten Gegenstandes nicht. § 747 ZPO verlangt diesen Titel bei einer Vollstreckung in Gegenstände eines ungeteilten Nachlasses, weil der Gläubigerzugriff zugleich einen Eingriff in die gesamthänderischen Verfügungsrechte der Miterben darstellt. Ist der Gegenstand bereits vorab geteilt, können die Gesamthänderrechte daran nicht mehr gestört werden, so daß ein Titel gegen den einzelnen, durch die Teilung begünstigten Erben genügt.¹ Allerdings wird der Nachlaßgläubiger, der den gesamten ursprünglichen Gesellschaftsanteil des Erblassers bei den zu Gesellschaftern berufenen Miterben realisieren will, sich einen Titel gegen alle Miterben-Gesellschafter beschaffen müssen. Diese Notwendigkeit ist jedoch keine spezifische Folge der erbrechtlichen Haftungs- und Vollstreckungsvorschriften, sondern eine Konsequenz des automatischen Zerfalls der Gesellschaftsbeteiligung. Diese Folge muß der Gläubiger als gesellschaftsrechtliche Gegebenheit hinnehmen, wenn er den

¹ Kreß S. 80

ursprünglich einheitlichen Gesellschaftsanteil des Erblassers vollständig in Anspruch nehmen will. Eine Pfändung nur des vorausgeteilten Nachlaßgegenstandes vermeidet schließlich auch eine Störung der Verwaltung des sonstigen ungeteilten Nachlasses, wie sie bei der Anteilspfändung einträte ¹.

b) Vorteile gegenüber der Verwaltungshaftung
nach §§ 1978, 670 BGB

Die Lösung über die Verwaltungshaftung nach §§ 1978, 670 BGB scheiterte daran, daß damit im Falle eines Gesellschaftsanteils primär das ursprüngliche Eigenvermögen des Miterben-Gesellschafters den Gläubigern preisgegeben worden wäre ². Außerdem machte dieser Weg einen zweiten Prozeß erforderlich.

Diese Nachteile hat die unmittelbare Pfändung des geteilten Gegenstandes bei dem einzelnen Miterben nicht. Das ursprüngliche Eigenvermögen bleibt nach § 2059 I 1 BGB geschützt, der Gläubiger kann mit Erfolg nur auf den geteilten Gegenstand "durchgreifen". Solange diese Möglichkeit besteht, ist für eine Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten auf

¹ vgl. oben S. 76

² vgl. oben S. 91/92

das sonstige Eigenvermögen des Miterben kein Bedürfnis und keine Notwendigkeit gegeben.

Schwierigkeiten in der Durchsetzung der Gläubigerrechte ergeben sich nicht, soweit sie nicht auf der Eigenart des zu pfändenden Gegenstandes selbst beruhen. Der Gläubiger kann aus dem über die Nachlassschuld erstrittenen Titel ohne erneute Klage unmittelbar in den geteilten Gegenstand vollstrecken.

c) Wahrung des Gleichgewichts der Rechte

Da somit der unmittelbare Zugriff auf den geteilten Nachlassgegenstand die nachteiligen Folgen der anderen Lösungsvorschläge - Anteilspfändung und Verwaltungshaftung - vermeidet und auch keine Praktikabilitätsbedenken gegen diese Lösung bestehen, stellt sich als Gegenprobe die Frage der Interessengerechtigkeit.

Für den E r b e n muß gewährleistet bleiben, daß er mit seinem Eigenvermögen allenfalls insoweit haftet, als dieses Eigenvermögen aus dem Nachlaß stammt. Im übrigen ist er vor einer Inanspruchnahme seines

Eigenvermögens zu schützen, da der sonstige Nachlaß noch ungeteilt vorhanden ist und die Gläubiger ihn in Anspruch nehmen könnten. Diese Garantie eines Erbenschutzes vor Übergriffen in das Eigenvermögen gibt die unmittelbare Pfändung des dem einzelnen Erben zugefallenen Nachlaßgegenstandes. Nur diesen einen Gegenstand kann der Gläubiger als Eigenvermögen in Anspruch nehmen. Im übrigen bleibt wegen der Ungeteiltheit des Nachlasses als solchen der Schutz aus § 2059 I 1 BGB erhalten; der Miterbe kann Vollstreckungen in sein ursprüngliches, nach § 2059 I 1 BGB in vollem Umfang geschütztes Eigenvermögen verhindern. Daß er sich dabei als Verteidigungsmittel der Vollstreckungsklage bedienen muß, ist keine spezifische Komplikation des Lösungsvorschlages über die Direktvollstreckung in den geteilten Gegenstand, sondern eine Folge der gesetzlichen Bewertung der Interessen in § 2059 I 1 BGB. Der Erbe kann nach dieser Vorschrift seine Verurteilung im Erkenntnisverfahren nicht verhindern. Er kann sich lediglich wie in den anderen Fällen der beschränkten Erbenhaftung die Beschränkung im Urteil vorbehalten lassen ¹. Der Gläubiger kann aus dem ergehenden Titel gegen den Erben trotz des Vorbehalts beschränk-

¹ RGZ 71, 371; Staudinger-Lehmann § 2059, 8 mwN

ter Erbenhaftung auch in das Eigenvermögen des Erben vollstrecken (§ 781 ZPO). Der Erbe muß sich mit den besonderen Mitteln des Vollstreckungsrechts wehren und eine etwa erfolgte Zwangsvollstreckung in geschützte Objekte zur Aufhebung bringen.

Für den Gläubiger muß eine interessengerechte Lösung gewährleistet, daß der Nachlaß nicht auf seine Kosten gekürzt wird. Dieser Anforderung wird der direkte Zugriff auf den vorausgeteilten Gegenstand gerecht: Für den Gläubiger ist die unmittelbare Vollstreckung in den geteilten Gegenstand die Wiederherstellung der Zugriffsmöglichkeit aus § 2059 II BGB. Danach konnte er Gegenstände des ungeteilten Nachlasses unmittelbar in Anspruch nehmen, solange sie noch der gesamthänderischen Verbundenheit der Miterben unterlagen.

Durch eine vorab erfolgende Teilung eines einzelnen Nachlaßgegenstandes scheidet dieser Gegenstand aus der Gesamthandsbindung aus, der Gläubiger verliert die Zugriffsmöglichkeit aus § 2059 II. Durch die unmittelbare Vollstreckung beim begünstigten Miterben wird dieser Rechtsverlust ausgeglichen.

Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Anteils-
pfändung aus § 2059 I 1: Der Gegenstand, der aus dem
Nachlaß ausscheidet, fehlt auch im pfändbaren Nach-
laßanteil des Miterben und kann deshalb nicht mehr
auf dem Wege über die Anteilspfändung vom Gläubiger
in Anspruch genommen werden. Zum Ausgleich dafür
soll der Gläubiger unmittelbar in den einzelnen
Gegenstand vollstrecken können.

Im Ergebnis ist also der unmittelbare Zugriff auf den
vorausgeteilten Gegenstand bei dem begünstigten Mit-
erben eine Wiederherstellung des prinzipiellen
Gleichgewichts der Gläubiger- und Schuldnerrechte
in § 2059 BGB. Praktische und logisch-systematische
Schwierigkeiten ergeben sich dabei nicht. Die Lösung
besteht darin, daß die Sondervorschrift des § 2059 I 1
auf den vorausgeteilten Gegenstand nicht angewandt
wird, weil dafür die innere Rechtfertigung fehlt. Es
bleibt bei der allgemeinen Rechtslage der Voll-
streckungsunterworfenheit auch des Eigenvermögens
des Erben, wie § 781 ZPO sie zugrundelegt.

- d) Schutzrechte für den Gesellschafter-Miterben gegenüber der Vollstreckung in den Gesellschaftsanteil?

Eine Beteiligung an einer Personengesellschaft ist ein Wirtschaftsgut eigener Art. Eines ihrer wesentlichen Merkmale ist die persönliche und personenrechtliche Verbindung zwischen den Gesellschaftern, die häufig auch in der eigenen Mitarbeit der Gesellschafter im Unternehmen der Gesellschaft zum Ausdruck kommt. Darüber hinaus stellt eine Gesellschaftsbeteiligung nicht selten die Existenzgrundlage eines oder mehrerer Gesellschafter dar. Diese Existenzgrundlage und das personenrechtliche Verhältnis zwischen den Gesellschaftern können durch Eingriffe von außen schwer gestört werden. Die Pfändung eines Gesellschaftsanteils durch einen Nachlaßgläubiger stellt stets einen solchen störenden Eingriff in das Gesellschaftsverhältnis dar, der sich sowohl auf die Beziehungen der Gesellschafter untereinander wie auf die Lage der einzelnen Gesellschafter auswirkt. Der Gläubiger kann nach §§ 735 BGB, 135 HGB die Gesellschaft kündigen und dadurch die Gesellschaft zur

Auflösung bringen, mindestens aber das Ausscheiden eines Gesellschafters erzwingen (§§ 736 BGB, 138 HGB).

Läßt man nun die unmittelbare Vollstreckung in den geteilten Gesellschaftsanteil bei dem einzelnen Miterben-Gesellschafter zu, fragt sich, ob dem betroffenen Gesellschafter oder der Gesellschaft Abwehr- und Schutzrechte gegen die Pfändungs- und Kündigungsfolgen einzuräumen sind. Der dem Miterben-Gesellschafter zugefallene Gesellschaftsanteil ist ja nicht der einzige haftende Gegenstand aus dem Nachlaß. Nach dem hier gegebenen Ausgangsfall soll noch erheblicher sonstiger ungeteilter Nachlaß vorhanden sein (vgl. oben S. 62).

(1) Zahlung durch die Gesellschaft

Die Gesellschaft kann dem Gläubiger die Zahlung der Schuld für den gepfändeten Miterben-Gesellschafter anbieten (§ 267 BGB). Lehnt der Gläubiger das Angebot ab, entfällt sein Kündigungsrecht, weil einer gleichwohl durch die Kündigung weiter betriebenen Vollstreckung der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegensteht ¹.

¹ vgl. Westermann Hdbuch RZ 330 zu b, Weipert § 135,11

(2) Subsidiarität gemäß § 135 HGB.

Bei oHG und KG ist die Kündigung durch den Pfändungsgläubiger erst zulässig, wenn in den sechs Monaten seit Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg war (§ 135 HGB).

Damit wird die Kündigung einer Gesellschaftsbeteiligung zum subsidiären Befriedigungsmittel ¹.

Im Kontinuitätsinteresse der Gesellschaft und der Gesellschafter soll der Gläubiger zunächst andere Werte des Gesellschafters, allerdings nicht den Grundbesitz, verwerten, bevor er in den empfindlichen Organismus der oHG oder der KG eingreift.

Nimmt man § 135 HGB hinsichtlich der erforderlichen fruchtlosen Vollstreckung "in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters" wörtlich, führt das zur primären Haftung des Miterben-Gesellschafters mit seinem Eigenvermögen, das er bereits vor dem Erbfall besaß. Der Gläubiger, der die Voraussetzungen der Kündigung nach § 135 HGB beweisen muß, müßte danach erst das übrige bewegliche Vermögen des Miterben-Gesellschafters

¹ Westermann Hdbuch RZ 330 zu a

in Anspruch nehmen, bevor er den vererbten Gesellschaftsanteil verwerten kann. Diese Auslegung von § 135 HGB kollidiert mit § 2059 I 1.

Der Gläubiger kann gar nicht mit endgültigem Erfolg in das sonstige Eigenvermögen des Miterben vollstrecken, weil dieses Vermögen wegen der Ungeteilttheit des Nachlasses nach § 2059 I 1 geschützt bleibt.¹ Soweit der Gläubiger nicht gegen den vorausgeteilten Gegenstand vorgeht, kann der Miterbe sich nach §§ 2059 I 1, 781, 765 ZPO mit der Vollstreckungsgegenklage verteidigen². Deshalb kann sich die Erforderlichkeit fruchtloser Vollstreckung nicht auf das Vermögen des Miterben-Gesellschafters beziehen.

Eine kollisionsfreie Anwendung von § 135 HGB ergibt sich, wenn man die Haftungslage vor dem Erbfall rekonstruiert. Zu Lebzeiten des Erblasser-Gesellschafter wäre der Gläubiger gemäß § 135 HGB genötigt gewesen, zunächst das sonstige bewegliche Vermögen des Erblassers zu verwerten. Dieses sonstige Vermögen stellt nach dem Erbfall den Nachlaß dar, der

¹ vgl. oben S. 109/110

² vgl. oben S. 109/110

nach der gegebenen Fallgestaltung ¹ noch ungeteilt vorhanden sein soll. Die erbrechtlichen Haftungsregelungen wollen die Haftungslage, wie sie vor dem Erbfall gegeben war, möglichst erhalten. Gläubiger und Schuldner sollen sich weder verschlechtern noch verbessern ². Ausgehend von diesem "Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben" ³ muß die Subsidiaritätsklausel in § 135 HGB dahin interpretiert werden, daß der Gläubiger im Falle der Vererbung eine Handelsgesellschaftsbeteiligung verpflichtet ist, vor einer Teilung des sonstigen Nachlasses zunächst in die beweglichen Bestandteile des Nachlasses zu vollstrecken, nicht aber in das bewegliche sonstige Vermögen des Erben. Das bewegliche Eigenvermögen des Miterben hätte dem Gläubiger auch zu Lebzeiten des Erblassers nicht gehaftet. Es haftet ihm auch jetzt nicht, solange der Nachlaß ungeteilt ist.

(3) Ausdehnung der Subsidiarität aus § 135 HGB
auf die BGB-Gesellschaft?

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kennt

¹ vgl. oben S. 62

² soweit sich die Gläubiger nicht ohnehin allein dadurch verschlechtern, daß sie sich statt mit einem Erblasser-Schuldner nun mit mehreren Miterben-Schuldnern auseinanderzusetzen haben, vgl. Mugdan 5 Protokolle S. 515

³ so der Titel von Boehmers Beitrag in der RG-Festgabe 1929 III S. 216

§ 735 BGB eine subsidiäre Haftung des Gesellschaftsanteils nach anderen Vermögenswerten des Schuldners nicht. Es fragt sich, ob man die Subsidiarität der Anteilsverwertung in § 135 HGB auch auf die BGB-Gesellschaft übertragen kann. Bei dem Erben-Gesellschafter ist regelmäßig die Interessenlage die gleiche, ob er nun einen Anteil an einer oHG, einer KG oder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft erhalten und vor einem Zugriff der Nachlaß-Gläubiger geschützt sehen will.

Eine analoge Anwendung des § 135 HGB auf die BGB-Gesellschaft zur Herbeiführung einer nur subsidiären Haftung mit dem Gesellschaftsanteil scheitert jedoch an der unterschiedlichen Bewertung der Interessen durch das Gesetz. Was bei oHG und KG zweckmäßig erschien, wurde für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft nicht zugelassen. Das Kontinuitätsinteresse ist für die verschiedenen Gesellschaftstypen unterschiedlich bewertet worden. Mit dieser gesellschaftsrechtlichen Differenzierung muß sich der Erbe abfinden. Das Problem ist nicht spezifisch erbrechtlicher Natur, sondern beruht

auf gesellschaftsrechtlichen Differenzierungen, die nicht durch eine analoge Anwendung von Vorschriften aus dem Recht der Handelsgesellschaften auf die BGB-Gesellschaft beseitigt werden können.

(4) Wertablösungsrecht des Miterben-Gesellschafter?

Es fragt sich aber, ob nicht mit den Mitteln des Erbrechts ein gewisser Schutz des Miterben-Gesellschafter vor einer Gläubiger-Kündigung der Gesellschaft erreicht werden kann. Ein Bedürfnis nach einem Kündigungsschutz kann sich bei einer BGB-Gesellschaft stets ergeben, wenn der Erbe den Gesellschaftsanteil erhalten will, und bei einer oHG oder KG-Beteiligung dann, wenn die primären Haftungsobjekte erschöpft sind, so daß der Subsidiaritätsschutz aus § 135 HGB nicht mehr ausreicht. Eine einmal zulässig und wirksam erklärte Kündigung ist für die Gesellschafter und die Gesellschaft deshalb so gefährlich, weil sie auch dann wirksam bleibt, wenn der Gläubiger später befriedigt wird ¹. Die Gesellschafter müssen die Kündigungswirkungen - Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Gepfändeten - erst durch ein-

¹ Weipert § 135, 27 Staudinger-Keßler § 725, 14

stimmigen Beschluß wieder beseitigen. Ob sie gegenseitig dazu verpflichtet sind, kann im Einzelfall streitig sein ¹. Deshalb kann für den oder die von der Kündigung bedrohten Miterben-Gesellschafter von Interesse sein, die Kündigung überhaupt zu verhindern.

Der einfachste Weg wäre gewiß, den pfändenden Gläubiger zu befriedigen, bevor er kündigt. Der oder die Miterbensschuldner könnten sich etwa die erforderlichen Mittel aus ihrem Eigenvermögen beschaffen und dann ihren Gesellschaftsanteil gewissermaßen freikaufen. Diese Lösung schafft aber nur dann klare Verhältnisse, wenn nur ein Nachlaßgläubiger in Frage kommt und wenn dessen Forderung geringer ist als der Wert des Gesellschaftsanteils. Ist die Forderung höher als der Wert der Beteiligung, fragt sich, wieviel der Miterben-Gesellschafter-Schuldner höchstens zu zahlen hat, um den ererbten Anteil zu retten. Die gleiche Frage stellt sich, wenn die Forderung des ersten Gläubigers den Anteilswert noch

¹ vgl. Staudinger-Keßler aaO 14 e; Hueck OHG § 24 II

nicht erschöpft, die Ansprüche weiterer Gläubiger insgesamt aber den Wert der Beteiligung übersteigen. In dieser Situation könnte ein Rechtsinstitut nützlich sein, daß die Schuldner- und Gläubigerrechte gegeneinander abgrenzt und dabei das Kontinuitätsinteresse des Miterben-Gesellschafters wahrt, ohne den Gläubigern etwas vorzuenthalten.

(a) Gesetzliche Regelung vergleichbarer Interessenlagen

Das Gesetz räumt dem Erben gegenüber bestimmten Nachlaßgläubigern das Recht ein, einen diesen grundsätzlich haftenden Gegenstand ihrem Zugriff zu entziehen und dafür den Wert des Gegenstandes in Geld zu zahlen: das sog. "W e r t a b l ö s u n g s - r e c h t" gegenüber zurückgesetzten, d.h. ausgeschlossenen (§ 1973 II 2 BGB), verschwiegenen (§ 1974 BGB), nach Konkursbeendigung sich meldenden (§§ 1989 BGB) und durch den Erblasser freigebig bedachten Gläubigern (§ 1992 BGB) ¹. Dort bewertet das Gesetz das Interesse des Erben an der Erhaltung von Nachlaßgegenständen höher als das Interesse dieser Gläubiger an der Ausübung ihrer Rechte auf

¹ vgl. oben S. 43

Befriedigung aus dem Nachlaß.

Die besondere Eigenart dieser zurückgesetzten Ansprüche und die nur ausnahmsweise gewährte Möglichkeit der Wertablösung sprechen gegen eine Ausdehnung dieses Instituts ¹. Andererseits gilt der Gedanke, daß "eine Ausscheidung der Nachlaßgegenstände aus dem Vermögen des Erben stets mißlich, häufig geradezu schädlich sein werde" ², gerade für die Gesellschafterstellung. Sie wird häufig die persönliche Lebensgrundlage des Erben darstellen, wenn dieser etwa als Nachfolger in ein Familienunternehmen eintritt. Diese persönliche Existenzgrundlage, der der designierte Nachfolger regelmäßig durch seinen Ausbildungsgang und seine Lebensgestaltung Rechnung trägt, hat einen erheblich über die wirtschaftliche Substanz hinausgehenden Eigenwert. Dieser Eigenwert ginge dem Erben verloren, ohne daß die Gläubiger davon einen entsprechenden Vorteil hätten, wenn die Kündigung vollzogen und die Gesellschaft aufge-

¹ die H.M. lehnt auch eine Ausdehnung auf Pflichtteilsansprüche ab, die in § 1992 neben Vermächtnissen und Auflagen nicht genannt sind; Staudinger-Lehmann § 1992 RdNr. 2; Strohal II § 82 I S. 312; Planck-Flad § 1992, 3 gegen Wendt AcP 86, 413/414

² Mugdan 5 Prot. S. 452

löst oder der gepfändete Miterbe zum Ausscheiden gezwungen würde. Das dann auszunehmende Guthaben ist nicht der Wert des Gesellschaftsanteils, wie er sich für den Erben-Gesellschafter darstellt. Gegenüber der Eigenart der Gesellschafterstellung als eines vermögens- und personenrechtlichen Gebildes erweist sich das Prinzip der Erbenhaftung "cum viribus hereditatis" ¹ hier als zu grob. Sie nimmt dem Erben Werte, ohne sie dem Gläubiger in gleicher Weise zukommen zu lassen.

Siber schlägt daher de lege ferenda eine Ausdehnung des Ablösungsrechts über die bisher anerkannten Fälle vor, weil "darin ein fruchtbarer, aber nicht ganz ausgebauter Gedanke" liege. ² In ähnlicher Weise geben Kipp-Cing ³ im Falle einer Nachlaßverwaltung dem Erben das Recht, die Kündigung der Gesellschaft seitens des Verwalters durch Befriedigung der Gläubiger aus eigenen Mitteln abzuwenden. Diese Interessenlage ist mit der hier gegebenen vergleichbar. Es erscheint daher gerechtfertigt, daß der Erbe auch hier in Analogie

¹ Siber, Haftung S. 9

² Siber, Haftung S. 67

³ § 97 VI 1 b S. 439 FN 30

zu den gesetzlich geregelten Fällen berechtigt ist, den Gläubigern in Geld das zu geben, was ihnen durch die automatische Vorausteilung an Geldeswert entgangen ist. Es ginge vielleicht zu weit zu behaupten, der Gesetzgeber hätte diese Lösung gewählt, wenn er die Konfliktsklage erkannt hätte. Immerhin hat er aber mit den Fällen des Wertablösungsrechts einen Weg gewiesen, wie Gläubiger- und Erbeninteressen gegeneinander abzuwägen und auszugleichen sind. Dieser Weg des Gesetzes erscheint auch hier gangbar. Die Gläubiger erleiden keinen Nachteil, während dem Erben der personenrechtliche Mehrwert der Mitgliedschaft erhalten und die Gesellschaft intakt bleibt ¹.

In §§ 268 und 1249 BGB findet sich für eine vergleichbare Interessenkollision eine ähnliche Regelung. Nach diesen Vorschriften kann derjenige, der Gefahr läuft, durch die Vollstreckung oder Verwertung eines Gegenstandes ein Recht an dem in Anspruch genommenen Gegenstand zu verlieren, den Gläubiger befriedigen.

Die Tatbestände des erbrechtlichen Wertablösungsrechts und der Ablösungsrechte in §§ 268, 1249 BGB decken sich nicht völlig. Sie können aber als Konkretisierungen

¹ Im Ergebnis ebenso, aber ohne nähere Begründung Weipert § 139, 73 aE

eines allgemeinen gesetzlichen Gedankens verstanden werden. Dieser gesetzliche Bewertungsmaßstab kann darin gesehen werden, daß eine Vollstreckungsverwertung solange abgewendet werden soll, wie eine andere gleichwertige Befriedigungsmöglichkeit gegeben ist.

Für die innere Rechtfertigung eines Rechts des Erben zur Wertablösung seines ererbten Gesellschaftsanteils spricht schließlich die Tatsache, daß der - zulässigerweise - gepfändete Gesellschaftsanteil nicht der einzige haftende Gegenstand aus dem Nachlaß ist. Bei der gegebenen Ausgangslage - Ungeteiltheit eines erheblichen sonstigen Nachlasses - steht dem Gläubiger der Zugriff auf weitere Objekte offen. Wenn der Gläubiger dann bei der Vollstreckung in einen Gesellschaftsanteil in der Weise beschränkt wird, daß er Zahlung des Wertes annehmen muß und nicht auf der Liquidation der Gesellschaft oder des einzelnen Anteils durch Kündigung bestehen kann, ist das materiell keine Gläubigerbenachteiligung.

(b) Zeitpunkt der Bewertung des Gesellschaftsanteils für die Ablösung

Für den Miterben-Gesellschafter und für den vollstreckenden Gläubiger ist gleichermaßen von Bedeutung,

auf welchen Stichtag die Wertermittlung des abzulösenden Gesellschaftsanteils zu erfolgen hat.

Beim rein erbrechtlichen Wertablösungsrecht nach §§ 1973 II 2, 1974, 1989, 1992 vertritt die h.M. die Auffassung, maßgeblich sei der Zeitpunkt der Ausübung des Ablösungsrechts¹. Kreß² will dagegen auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung im Prozeß über die Ablösung, Planck³ auf die Rechtskraft dieses Urteils abstellen. Riesenfeld⁴ hält demgegenüber auch den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Gläubigeranspruchs für möglich und will zur Vermeidung von Manipulationen und Spekulationen mit einem Schwankungen unterworfenen Wert differenzieren.

Auf diese Meinungen und die ihnen zugrundeliegenden Erwägungen dürfte es bei einer Wertablösung eines Gesellschaftsanteils zur Verhinderung der Gläubigerkündigung nicht ankommen. Hier ergibt sich der Termin, zu dem die Bewertung vorzunehmen ist, aus dem Kündigungsrecht des Gläubigers. Erst die Vollziehung der Kündigung durch Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des gepfändeten Gesellschafters gäbe dem

¹ Staudinger-Lehmann § 1973, 12; RGRK-Kregel § 1973 Anm.; Erman-Bartholomeyczik § 1973, 4; Strohal II § 75, 4 FN 21 a S. 242

² S. 125

³ § 1992, Anm. 2

⁴ II 316

Gläubiger die Handhabe, das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben des einzelnen Miterben-Gesellschafters zu realisieren. Wenn dem Gläubiger nun die Kündigung "abgekauft" werden soll, ist die Bewertung auf den Zeitpunkt vorzunehmen, zu dem sie im Kündigungsfalle erfolgt wäre.

Für oHG und KG bestimmt § 135 HGB, daß die Gesellschaft ohne Rücksicht auf etwaige andere Regelungen des Gesellschaftsvertrages ¹ sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt gekündigt werden kann. Daraus ergibt sich für den Pfändungsgläubiger einer oHG oder KG-Beteiligung, daß er nach den Wertverhältnissen der unter Einhaltung der Fristen des § 135 HGB frühest möglichen Kündigung abzufinden ist, wenn der Miterben-Gesellschafter die Ablösung anbietet.

Bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft gilt nach § 725 BGB keine Kündigungsfrist und kein Kündigungstermin. Hier zeigt sich erneut, daß dieser Gesellschaftstyp einen geringeren Bestandschutz genießt als die Handelsgesellschaften. Der

¹ Hueck oHG, § 24 II 3

Gläubiger kann jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen. Verlangt also der Miterbe die Ablösung des Kündigungsrechts durch Zahlung, ist die Bewertung auf den frühest möglichen Kündigungstermin und damit praktisch auf den Zeitpunkt der Ablösungserklärung vorzunehmen.

Weipert ¹ will demgegenüber bei oHG und KG die Berechnung der Abfindung des Gläubigers auf den Todestag des Erblassers vornehmen, weil die Nachlaßgläubiger nicht mehr und nicht weniger erhalten sollen, "als sie erhalten hätten, wenn die Gesellschaft von den Erben nicht fortgesetzt worden wäre". Dabei übersieht Weipert wohl, daß § 139 HGB gerade den Fall regelt, daß die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag fortgesetzt werden soll. Die Wahlrechte der Miterben hinsichtlich der Fortsetzung sind nach § 139 HGB beschränkt. Ein Ausscheiden ist zwar auf Grund fristloser Kündigung möglich (§ 139 II HGB), doch dürften Todestag und Kündigungserklärung des Erben so gut wie nie zusammenfallen. Im Falle der hier zu untersuchenden automatischen Nachfolgeklausel

¹ RGRK-HGB § 139, 73 aE

kommt es auf den Fortsetzungswillen der berufenen Gesellschafter überhaupt nicht an. Die Fortsetzung ist vertraglich zwingend vorgeschrieben. Die Auflösung im Todesfall ist keine Alternative und kann deshalb der Abfindungsberechnung nicht zugrundegelegt werden. Schließlich hätte der Nachlaßgläubiger auch zu Lebzeiten des Erblassers den Gesellschaftsanteil so gut wie nie zu den Werten des Todestages liquidieren können. Er mußte ihn vielmehr erst pfänden und sich überweisen lassen, um dann zu kündigen. Daß dabei der Kündigungstermin auf den Todestag fiel, wäre reiner Zufall gewesen und kann hier außer Betracht bleiben. Wird nun die Gesellschaft kraft Nachfolgeklausel automatisch fortgesetzt, ändert sich an der Notwendigkeit einer Kündigung zur Realisierung des Kapitalwertes der Beteiligung nichts. Der zwischenzeitliche Tod des Erblassers ist ein für die Gläubiger insofern irrelevantes Ereignis, das auch keine Fixierung der Beteiligungen im Außenverhältnis herbeiführt. Deshalb kann die Bewertung der Abfindung der Gläubiger nicht auf den Todestag des Erblassers abgestellt werden.

(c) Die Höhe des Ablösungsbetrages

(1) Wenn das Kündigungsrecht des Gläubigers durch Zahlung abgelöst werden soll, muß sich die Höhe der Zahlung nach dem Wert dessen richten, was dem Gläubiger bei Vollzug der Kündigung zugefallen wäre.

Wäre es zur Auflösung der Gesellschaft gekommen, hätte der Gläubiger das auf den gepfändeten Gesellschafter-Schuldner entfallende Auseinandersetzungsguthaben erhalten, das sich nach der Liquidation für ihn ergeben hätte (§ 155 HGB). Wäre dagegen infolge der Kündigung lediglich der gepfändete Miterben-Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschieden, hätte dieser Gesellschafter Anspruch auf dasjenige gehabt, "was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre" (§ 738 I 2 BGB; sog. Abfindungsguthaben ¹). Dem Gläubiger, der an der Kündigung gehindert werden soll, entgeht also das tatsächliche oder das fiktive Auseinandersetzungsguthaben seines Pfändungsschuldners. Nach

¹ vgl. Hueck oHG § 24 II 4

der Höhe des potentiellen Auseinandersetzungs- oder des Abfindungsguthabens hat sich also die vom Miterben anzubietende Ablösungszahlung zu richten.

(2) Sowohl das dem Gläubiger entgangene echte Auseinandersetzungsguthaben (Fall der Auflösung) wie das fiktive Auseinandersetzungsguthaben (Abfindungsguthaben) müssen, da die Kündigung mit ihren Folgen gerade vermieden werden soll, bei fortbestehender Gesellschaft ermittelt werden. Das kann nur durch Schätzung des Wertes des Gesellschaftsvermögens geschehen (§ 738 II BGB). Auf dieser Grundlage ist dann der Wert des hypothetischen Guthabens des Erben-Gesellschafters zu ermitteln. Wie eine derartige Schätzung auszusehen und mit welchen Methoden sie zu erfolgen hat, ist umstritten und besonders in Einzelheiten noch nicht geklärt ¹. Das Problem kann hier nicht vertieft werden, da es sich nicht speziell aus der automatischen Aufspaltung des Gesellschaftsanteils und der erbrechtlichen Haftungslage ergibt, sondern generell gesellschaftsrechtlicher Art ist.

¹ vgl. dazu Westermann Hdbuch RZ 435 ff mwN

Zu beachten ist aber, daß Liquidationsguthaben und Abfindungsguthaben sich in einem wesentlichen Punkt unterscheiden, der bei jeder Schätzung des Gesellschaftsvermögens, ganz gleich nach welcher Methode sie erfolgt, zu berücksichtigen ist:

Wird die Gesellschaft aufgelöst, verlieren die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ihre Bindung an den Gesellschaftszweck und ihre Einordnung in ein etwa von der Gesellschaft betriebenes Unternehmen. Sie haben nur noch einen durch sich selbst und unabhängig vom Gesellschaftsverband repräsentierten Veräußerungswert ¹. Besteht die Gesellschaft dagegen fort und soll lediglich der ausscheidende Gesellschafter abgefunden werden, muß zugunsten des Ausscheidenden berücksichtigt werden, daß das Gesellschaftsvermögen beisammen bleibt. Daraus kann sich ein Mehrwert des intakten Gesellschaftsvermögens in seiner Gesamtheit gegenüber den Veräußerungswerten der einzelnen Vermögensstücke ergeben. Dieser Mehrwert soll dem ausscheidenden Miterben zugutekommen ². Hinzu kommt, daß bei der Berechnung des Abfindungs-

¹ vgl. Westermann Hdbuch RZ 696

² Westermann Hdbuch RZ 429, 434; Hueck oHG § 29 II 5 a S. 333; BGHZ 17, 136

guthabens beim Ausscheiden aus einer fortgesetzten Gesellschaft in der Praxis am häufigsten eine Mischmethode gewählt wird, die den Substanz- und den Ertragswert der Gesellschaft berücksichtigt ¹. Ein Ertragswert kann im Falle der Liquidation nicht mehr einbezogen werden, so daß bei einer florierenden Gesellschaft das fiktive Liquidationsguthaben erheblich unter dem Abfindungsguthaben liegen wird. ²

Liquidationsguthaben und Abfindungsguthaben sollen zwar beide nach dem "wirklichen Wert" des Gesellschaftsvermögens ermittelt werden ³. Dieser wirkliche Wert unterscheidet sich aber danach, ob die Gesellschaft im Falle der Gläubigerkündigung fortgesetzt wird oder nicht. Dieser Unterschied ist bei der Ermittlung des Betrages, durch dessen Zahlung die Kündigung abgelöst werden kann, zu berücksichtigen. Ob es im übrigen überhaupt gelingt, auch unter Beachtung dieser Differenzierung den maßgeblichen "wirklichen Wert" zu ermitteln, ist eine praktisch fast unlösbare Aufgabe ⁴. Die Problematik folgt aber nicht aus dem hier vorgeschlagenen Wertablösungsrecht. Sie ergäbe sich auch dann, wenn die Kündigung vollzogen

¹ Westermann Hdbuch RZ 435

² Andererseits gelten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die im Kündigungsfall das Abfindungsguthaben kürzen und/oder in Raten fällig stellen, auch gegenüber dem pfändenden Gläubiger, solange sie nicht schikanös sind: Hueck § 24 II 4; Westermann Hdbuch RZ 331, 450, 451

³ Westermann Hdbuch RZ 428 für die Abfindung und RZ 696 für die Liquidation

⁴ Westermann Hdbuch RZ 429

würde.

(d) Durchsetzung des Wertablösungsrechts durch
den Miterben-Gesellschafter

Das Wertablösungsrecht ist eines der Mittel zur Beschränkung der Erbenhaftung. Will ein Erbe seine Haftung beschränken, hat dies auf seine Verurteilung im Erkenntnisverfahren regelmäßig keinen Einfluß. Vielmehr muß er sich im Urteil die Haftungsbeschränkung vorbehalten lassen (§ 780 ZPO), um sie dann im Vollstreckungsverfahren geltend zu machen (§ 781 ZPO). Das gilt auch für die Berufung auf das Wertablösungsrecht in den Fällen der §§ 1973 II 2, 1974, 1989, 1992. Zur Sicherung dieses Rechtes genügt der allgemeine Vorbehalt beschränkter Erbenhaftung¹. Für das hier vorgeschlagene analoge Wertablösungsrecht zur Abwendung der Gläubiger-Kündigung der Gesellschaft bedarf es insoweit keiner Modifikation. Der Miterben-Gesellschafter, der als Erbe verklagt wird, ist ohnehin genötigt, zur Wahrung seiner Rechte für jeden Fall der Haftungsbeschränkung den Vorbehalt zu erwirken. Der Vorbehalt kann ihm ohne sachliche Prüfung der Berechtigung gewährt werden,

¹ Kreß S. 154; Palandt-Keidel § 1973, 5; Stein-Jonas, 18. Auflage, § 780 I 2;

wobei das Gericht aber auch bereits im Erkenntnisverfahren über die Zulässigkeit der vorzubehaltenden Haftungsbeschränkung befinden darf ¹.

Ist der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung erwirkt und wird dann aus dem gegen den Erben ergehenden Titel vollstreckt, kann der Erbe gemäß §§ 781, 785, 767 ZPO Vollstreckungsgegenklage erheben, wenn in den Schutzbereich der beschränkten Haftung eingegriffen wird. Das gilt wie für alle Haftungsbeschränkungsmittel des Erben auch für das Wertablösungsrecht ². Der Miterbengesellschafter, dessen Gesellschaftsbeteiligung von einem Nachlaßgläubiger in Anspruch genommen wird, muß also seinerseits Klage auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung erheben, wenn der Gläubiger außergerichtliche Abfindungsangebote nicht anzunehmen bereit ist. Der Antrag müßte dahin lauten, daß die Zwangsvollstreckung gegen Zahlung eines bestimmten Betrages für unzulässig erklärt wird. Dieser Betrag hat etwa dem bei Vollzug der Kündigung anfallenden Guthaben zu entsprechen. Wie der Miterben-Gesellschafter dieses Gut-

¹ vgl. Stein-Jonas 18. Auflage § 780 II 1 a mwN

² Kreß S. 125; Riesenfeld II 319

haben ermittelt, ist seine Sache. Ist es ihm ernst mit der Erhaltung seiner Gesellschaftsbeteiligung, muß man von ihm erwarten, daß er sich kurzfristig mindestens einen vorläufigen Status von seinem steuerlichen oder juristischen Berater oder seinem Wirtschaftsprüfer erstellen läßt, durch den der angebotene Abfindungsbetrag glaubhaft gemacht werden kann. Diese Glaubhaftmachung reicht aus, um gemäß § 769 ZPO eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erreichen. Damit wird der Angriff des Gläubigers zunächst zum Stehen gebracht. Eine gleichwohl erklärte Gläubigerkündigung wäre als weitere Vollstreckungshandlung unzulässig und damit unwirksam. Über die endgültige Höhe des Abfindungsbetrages muß dann vor dem Prozeßgericht im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage gestritten werden, wobei das erkennende Gericht wohl kaum ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Bewertungsfrage auskommen wird, wenn die Parteien sich nicht einigen.

Der Weg der Vollstreckungsgegenklage zur Erhaltung des Gesellschaftsanteils ist für den Miterben-Gesellschafter sicherlich dornenreich und kompliziert.

Das Gesetz gibt aber dem Gläubiger die Vorhand, weil der ohnehin dadurch schlechter steht, daß er das Vermögen des Erblassers nunmehr bei den einzelnen Miterben aufsuchen muß.

(e) Rechtslage nach der Ablösung

Hat der Miterbengesellschafter zur Ablösung der Rechte eines pfändenden Gläubigers Zahlungen geleistet, fragt sich, welche Rechtsfolgen diese Zahlungen haben. Es kann sein, daß die geleistete Zahlung zwar die Forderung des ersten Gläubigers deckte, nicht aber den vollen Wert des Gesellschaftsanteils in der Form des Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthabens erreichte. Dann ist zu klären, wie der Miterben-Gesellschafter die bereits geleistete Zahlung weiteren Gläubigern entgegenhalten kann. Weiterhin ist möglich, daß bereits der erste Gläubiger den vollen Wert des Guthabens in Anspruch genommen hat. Dann fragt sich, wie der Miterben-Gesellschafter sich gegenüber nachfolgenden Gläubigern verteidigt, die erneut auf den Gesellschaftsanteil zugreifen wollen. Es ist klar, daß der Erbe nur einmal den Wert des den Gläubigern abzukaufenden Gesellschaftsanteils

aufbringen muß, um ihn endgültig für sich behalten zu können ¹, denn die Gläubiger hätten die Gesellschaftsbeteiligung auch nur einmal im Wege der Zwangsvollstreckung verwerten können.

(1) Ist der Wert des Gesellschafterguthabens durch die Abfindung des ersten Gläubigers noch nicht erschöpft und pfändet ein weiterer Gläubiger erneut den Gesellschaftsanteil, kann der Miterbe von der im Wege der Vollstreckungsgegenklage anzubietenden Ablössungssumme den Betrag abziehen, den er bereits an den früher abgefundenen Gläubiger gezahlt hat ². Der Erbe braucht nur einmal zu zahlen, und der spätere Gläubiger muß sich mit dem begnügen, was nach früheren Vollstreckungen übrig geblieben ist.

(2) Ist der Wert des Gesellschaftsanteils in Form des Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthabens an die Gläubiger abgeführt, braucht der Miterbe zur weiteren Verteidigung keine Zahlung mehr anzubieten. "Die abgelösten Sachen werden Eigenvermögen" (Riesenfeld ³), "der weitere Zugriff kann in der gleichen Weise abgewehrt werden wie der Zugriff auf das übrige Privat-

¹ vgl. Riesenfeld II S. 316

² Riesenfeld II 316

³ II 315

vermögen" (Kreß ¹). Diese Formulierungen führen an den Ausgangspunkt der Erörterung zurück, als sich die Frage stellte, ob der Miterbe einen ihm vorab zugefallenen Gesellschaftsanteil nach § 2059 I 1 als Eigenvermögen verteidigen kann oder nicht. Die Frage mußte zunächst verneint werden, weil der Erbe sonst unverdient auf Kosten der Gläubiger Vorteile erlangt hätte ². Jetzt, nach Zahlung des Gegenwertes an die Nachlaßgläubiger, stehen diese Bedenken nicht mehr entgegen. Umgekehrt, der Miterbe bedarf eines Schutzes vor weiterer Inanspruchnahme des Gesellschaftsanteils, um nicht zusätzliche Aufwendungen erbringen zu müssen. Dieser Situation wird die Anwendung von § 2059 I 1 BGB gerecht: Der Miterbe kann durch dieses Widerspruchsrecht seinen Gesellschaftsanteil verteidigen, der zwar schon vom Erbfall an sein Eigenvermögen war, den Vollstreckungsschutz aber nicht verdiente, nun jedoch nach Ablösung des Wertes schutzwürdig geworden ist. Nach der Auszahlung des Wertes ist der Gesellschaftsanteil auch materiell Eigenvermögen des Erben geworden, so daß eine wörtliche Anwendung des § 2059 I 1 BGB auf dieses Vermögen des Erben, "das er außer seinem Anteil an dem Nachlaß hat", keine Interessenkollision mehr herbeiführt.

¹ S. 126

² vgl. oben S. 63 -65

Zusammenfassung

Besteht der Nachlaß aus dem dem im Erbfall automatisch geteilten Gesellschaftsanteil und anderen noch unverteilten Werten, kann sich der Miterbe gegenüber einer Inanspruchnahme der Gesellschaftsbeteiligung durch die Nachlaßgläubiger nicht auf § 2059 I 1 BGB berufen. Vielmehr kann der Gläubiger in den dem Erben-Gesellschafter geteilt zugefallenen Gesellschaftsanteil vollstrecken, weil dieser Anteil nur formal Eigenvermögen des Erben, materiell jedoch Nachlaßgegenstand ist.

Der Miterben-Gesellschafter hat jedoch das Recht, den Gläubiger durch Zahlung des Wertes des bei einer Gläubiger-Kündigung zahlbaren Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthabens zu befriedigen und dadurch den Gesellschaftsanteil abzulösen.

Ist das geschehen, kann der Miterben-Gesellschafter sich weiteren Gläubigern gegenüber auf § 2059 I 1 BGB berufen.

3. Abschnitt Die Haftung des Miterbengesellschafters, wenn der Gesellschaftsanteil einziger Nachlaßbestandteil ist

I. Interessenlage und Problem

Besteht der Nachlaß nur aus dem Gesellschaftsanteil und hat der Erblasser Schulden, die nicht zugleich Gesellschaftsverbindlichkeiten sind, ergeben sich besondere Probleme. Die automatische Teilung des Gesellschaftsanteils im Erbfall bedeutet hier zugleich die Teilung des ganzen Nachlasses.

Haftungsrechtliche Folge dieser Nachlaßteilung müßte sein, daß jeder Miterbe erbrechtlich ohne die Beschränkungsmöglichkeit nach § 2059 I BGB gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner haftet, weil eben der Nachlaß geteilt ist. Einen Zustand vor Teilung des Nachlasses, während dessen der Miterbe sich nach § 2059 I BGB verteidigen könnte, gibt es bei dieser Gestaltung nicht. Da die Teilung vollzogen ist, blieben dem Erben nur die auch nach der Nachlaßteilung noch zulässigen Haftungsbeschränkungsmittel, also Nachlaßkonkurs und Dürftigkeitseinrede ¹. Diese

¹ s.o. S. 39, 41, 52

Beschränkungsmöglichkeiten bieten keine ausreichende Gewähr, daß nicht ein Erbe zunächst auf die ganze Forderung in Anspruch genommen wird und auf Ausgleichsansprüche nach § 426 BGB verwiesen bleibt: Der Nachlaßkonkurs, den jeder Erbe einzeln und auch nach der Teilung beantragen könnte (§ 217 I KO), setzt eine Überschuldung des Nachlasses voraus, die nicht gegeben zu sein braucht. Ebenso hilft die Dürftigkeitseinrede nach § 1990 BGB dem einzelnen Erben nicht, wenn der Nachlaß nicht unzulänglich ist. Die Nachlaßverwaltung als Beschränkungsmittel mit den geringsten Zulässigkeitsvoraussetzungen können nur alle Miterben gemeinsam und nur vor der Teilung des Nachlasses beantragen (§ 2062 BGB). Sie ist also hier ausgeschlossen.

Diese Konsequenz befriedigt nicht. Sie deckt sich auch nicht mit der ratio legis. Wie oben (S. 46) dargelegt, stehen die gesamtschuldnerische Haftung nach § 2058 BGB und die besondere Haftungsbeschränkungsmöglichkeit in § 2059 I BGB in einem Wechselverhältnis. Solange die Miterben den Nachlaß in gesamthänderischer Verbundenheit besitzen, sollen

sie nur mit ihm und nicht persönlich haften, zumal die Gläubiger auch nach § 2059 II BGB vorgehen und Befriedigung unmittelbar aus dem Nachlaß verlangen können. Geben die Miterben aber die gesamthänderische Bindung ohne vorherige Berichtigung der Nachlaßschulden (§§ 2046, 2047 BGB) auf, sollen sie dafür "gewissermaßen zur Strafe" ¹ als Gesamtschuldner jeder für die ganze Forderung haften. Gegen eine derartige Sanktion bestehen im Falle der automatischen Nachlaßteilung unmittelbar im Erbfall Bedenken. Die Miterben haben hier keine Möglichkeit, vor einer Teilung die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu veranlassen. Sie sind nicht gleichermaßen "strafwürdig", als hätten sie rechtsgeschäftlich über den Nachlaß verfügt.

II. Lösungsvorschläge

1. Börner ² hat, soweit ersichtlich, bisher als einziger erkannt, wie problematisch die Folgen der unmittelbaren Aufspaltung des Gesellschaftsanteils als einzigen Nachlaßgegenstandes für die Erbenhaftung sind ³.

¹ Mugdan 5 Prot. S. 515 oben; vgl. oben S. 51

² AcP 1966, 426 ff, hier insbesondere 451 f; er nimmt die haftungsrechtlichen Konsequenzen dieser Fallgestaltung zum Anlaß, die Teilung des Gesellschaftsanteils grundsätzlich in Zweifel zu ziehen.

³ Soweit Rokas S. 61 und Prasch S. 52 die Frage der Haftungsbeschränkung nach § 2059 I BGB anschneiden, gehen sie wohl davon aus, daß § 2059 I BGB ersatzlos fortfällt, wenn der Nachlaß nur aus dem Gesellschaftsanteil besteht.

Er versucht, durch eine Erweiterung der Zulässigkeit der Nachlaßverwaltung zu helfen, indem er *contra legem* (§ 2062 BGB) trotz der Teilung jeden einzelnen Miterben unabhängig von der Zustimmung der übrigen für berechtigt erachtet, die Nachlaßverwaltung zu beantragen. Dabei geht er davon aus, daß der Gesetzgeber den Miterben nach der Teilung die Möglichkeit, ihre Haftung durch das einfache Mittel der Nachlaßverwaltung zu beschränken, absichtlich versagt habe, um sie zur Befriedigung der Gläubiger vor der Teilung anzuhalten ¹. Bei der automatischen Nachlaßteilung durch Teilung des Gesellschaftsanteils bestehe für diese Haftungserschwerung keine Veranlassung. Daher könne auch noch nach dieser Teilung eine Nachlaßverwaltung stattfinden.

2. Diese Argumentation für eine erweiterte Nachlaßverwaltung hat den Makel, *contra legem* zu gehen. Es fragt sich daher, ob sich nicht ein anderer Ausweg aus der für den Gesellschafter-Erben unverdienten Gesamtschuldhaftung bietet.

¹ vgl. Mugdan 5 Prot. S. 520 oben; hier findet sich also der gleiche Normzweck wie bei der Gesamtschuld nach Teilung (s.o. S. 46)

a) Nach dem ursprünglichen Vorschlag in der II. Kommission, aus dem § 2060 BGB hervorgegangen ist, sollte jeder nach der Teilung gesamtschuldnerisch haftende Miterbe berechtigt sein, "die Befriedigung insoweit zu verweigern, als dasjenige, was er bei der Teilung erhalten hat, zur Befriedigung nicht ausreicht" ¹. Der Erbe hätte also das gleiche Beschränkungsrecht erhalten wie nach § 1990 BGB, ohne dazu besondere Voraussetzungen nachweisen zu müssen. Eine Bestimmung dieses Inhalts wurde mit der Begründung abgelehnt, die Erben sollten vor der Teilung die Schulden regulieren und könnten im übrigen ihre Haftung nach den allgemeinen Vorschriften beschränken ². Beide Erwägungen treffen hier nicht zu. Zu einer Regulierung der Nachlaßschulden haben die Miterben vor der automatischen Aufspaltung des Anteils keine Gelegenheit; von den allgemeinen Haftungsbeschränkungsmitteln stehen nur der Konkurs und die Dürftigkeitseinrede zur Verfügung und diese auch nur dann, wenn der Nachlaß überschuldet oder unzulänglich ist.

¹ Mugdan 5 Prot. S 517 XIV

² Mugdan aaO S. 518 Abs. 2

Könnte man danach eine auf den geteilt ererbten Gesellschaftsanteil eines jeden Miterben beschränkte Haftung zulassen, bleiben doch Zweifel an der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit dieser Lösung.

Der einzelne Miterbe bliebe den Gläubigern gesamtschuldnerisch auf die ganze Leistung verpflichtet. könnte also allein in Anspruch genommen werden und müßte die Verwertung seines Anteils hinnehmen, ohne seine Miterben und Mitschuldner hinzuziehen zu können. Man könnte erwägen, ob die Miterben, die zugleich Mitgesellschafter des in Anspruch genommenen Erben-Gesellschafters sind, wegen ihrer gesellschafterlichen Treupflicht gehalten sind, gemeinsam für die Regulierung der Nachlaßverbindlichkeiten zu sorgen, damit nicht einer oder einzelne allein die Last zu tragen haben und ihre Beteiligung an der Gesellschaft verlieren. Diese Pflicht hätte aber nur Bedeutung im Innenverhältnis der Miterben-Gesellschafter zueinander und könnte die Stellung des allein auf das Ganze in Anspruch genommenen Miterben gegenüber den Gläubigern nicht verbessern.

b) Eine Begrenzung der Schuld des einzelnen Miterben entsprechend seiner Erbquote könnte dagegen das Haftungsrisiko des einzelnen Miterben auf das Maß seines Empfanges zurückführen, insbesondere dann, wenn man die eben erörterte Haftungsbeschränkung auf den erhaltenen Anteil an der Gesellschaft beibehält.

Börner ¹ lehnt eine Teilschuld der Miterben prinzipiell ab, weil die Schöpfer des BGB sich nach anfänglicher Neigung zur Teilschuld der Miterben, wie sie im späteren römischen Recht galt ², grundsätzlich für die Gesamtschuld entschieden hätten ³.

Das ist nicht zu leugnen. Allerdings hat das Gesetz selbst in §§ 2060, 2061 BGB eine Reihe von Ausnahmen von der Gesamtschuld geschaffen. Danach haften die Miterben bestimmten Gläubigern gegenüber nach der Teilung aus Billigkeitsgründen ⁴ nur noch entsprechend ihrer Erbquote anteilig. Es ließe sich erwägen, ob man auch im gegebenen Fall aus Billigkeitserwägungen den Miterben nur als Teilschuldner haften lassen sollte, weil der automatischen Teilung

¹ S. 449

² nomina sunt ipso iure divisa, vgl. Lange § 52 II 1; Staudinger-Lehmann vor § 2058, Anm. 3; Siber S. 104/105; Diokletian c 2. 3. 26

³ vgl. Mugdan 5 Prot. S. 514 unten, 515 oben

⁴ vgl. Siber S. 115 III, so. S. 53

des Gesellschaftsanteils das Unrechtselement eines Verstoßes gegen § 2046 BGB fehlt.

Damit würde jedoch das Risiko eines Ausfalls bei einem Erben dem Gläubiger auferlegt, da die einzelnen Erben für die Teilschuld ihrer Miterben nicht einzustehen haben. Das ist eine weitere Belastung für den in seiner Rechtsverfolgung durch den Erbfall ohnehin behinderten Gläubiger.

Auch für die Miterben bringt aber die Teilschuld keine gerechte Lösung, wenn bei qualifizierter Nachfolgeregelung nicht alle, sondern nur einer oder einzelne Erben Gesellschafter werden. Alle Erben sind dann entsprechend ihrer Erbquote Teilschuldner, ohne daß es darauf ankommt, ob und in welchem Umfang sie Nachlaßwerte erhalten haben ¹. Maßgeblich ist allein, daß sie Miterben sind. Es kann also geschehen, daß ein Gläubiger, der voll befriedigt werden will, sich auch an den oder die Erben hält, die nach dem Willen des Erblassers nicht in die Gesellschaft einrücken und daher - mangels anderer Werte - aus dem Nachlaß nichts erhalten.

¹ Staudinger-Lehmann § 2060 RdNr. 4;
Kipp-Coing § 121 V

Ob die Gesellschafter gewordenen Miterben den ausgeschlossenen gegenüber vorrangig zur Zahlung oder zum Ausgleich verpflichtet sind ¹, berührt nur das Innenverhältnis der Miterben, schützt die Nichtgesellschafter daher nicht vor einer Inanspruchnahme. Diese Konsequenz der Teilschuld ist gegenüber den von der Gesellschaft ausgeschlossenen Erben unbillig, zumal diese Erben, weil sie nicht Gesamtschuldner sind, keine Ausgleichsansprüche nach § 426 BGB gegen die Gesellschaftererben haben, wenn sie die Gläubiger anteilig befriedigen ². Auch eine Umwandlung der Gesamtschuld in eine Teilschuld bietet daher keine befriedigende Lösung.

3. Die Nachlaßverwaltung als Ausweg

Danach erscheint es geboten, selbst um den Preis einer Zulassung contra legem die Erweiterung der Nachlaßverwaltung zu prüfen. Die Nachlaßverwaltung würde die Nachlaßgläubiger vom Eigenvermögen aller Miterben fernhalten und ihnen stattdessen den gesamten Nachlaß zur Verfügung

¹ vgl. Westermann Hdbuch RdNr. 542

² insoweit müßten wohl die erbrechtlichen Ausgleichsansprüche erhöht werden

stellen. Außerdem würden Eigengläubiger eines Erben vom Zugriff auf den Nachlaß abgewehrt. Damit wäre das Ziel des Gesetzes, den Nachlaß ungeschmälert dem Zugriff der Nachlaßgläubiger zu erhalten und die Erben nicht über den Nachlaß hinaus zu belasten ¹, auch in den Fällen erreicht, in denen die anderen Haftungsbeschränkungsmittel (Konkurs, Vergleich, Dürftigkeitseinrede) nicht gegeben sind, weil der Nachlaß solvent ist. Siber betont mit Recht und unabhängig von der hier gegebenen gesellschaftsrechtlichen Problematik, die Versagung der Möglichkeit einer Nachlaßverwaltung nach der Erbteilung führe gerade dort zum Verlust der Haftungsbeschränkung überhaupt, wo das am wenigsten passe, nämlich bei Nichtüberschuldung des Nachlasses ².

- a) In der Systematik der Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Einrede aus § 2059 I BGB und der Nachlaßverwaltung. Weil nach § 2062 BGB bei Erbenmehrheit die Nachlaßverwaltung nur gemeinschaftlich beantragt

¹ Siber S. 11, 111

² Haftung S. 114 unten

werden kann, gewährt § 2059 I 1 BGB daneben und ersatzweise, wenn etwa die Zustimmung aller Miterben nicht zu erhalten ist, jedem einzelnen Miterben ein eigenes Haftungsbeschränkungsmittel, das wie die Nachlaßverwaltung an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist.¹ Ohne dieses Äquivalent² stünde ein Miterbe schlechter als der Alleinerbe, der stets die Nachlaßverwaltung beantragen kann. Fällt nun dieser Ersatz der Haftungsbeschränkung nach § 2059 I 1 BGB fort, weil es einen Zustand vor Teilung des Nachlasses nicht gibt, muß der einzelne Miterbe in die Lage versetzt werden, das hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen korrespondierende Haftungsbeschränkungsmittel der Nachlaßverwaltung anzuwenden³. Weil der Erbe nicht allein nach § 2059 I BGB vorgehen konnte, muß er sich daher nach §§ 1975, 1981 BGB durch die Nachlaßverwaltung schützen können.

¹Riesenfeld I S. 193; Crome Bd. 5, § 741 I 2 S. 731 FN 19

²so ausdrücklich Riesenfeld I S. 302

³Die Auffassung von Kreß S. 162 oben, bei Erbenmehrheit komme allein § 2059 BGB und keine Nachlaßverwaltung in Betracht, ist offensichtlich unrichtig, da die Beschränkungsmöglichkeit nach § 2059 I BGB nur eine zusätzliche neben den für den Alleinerben gegebenen Maßnahmen ist (Staudinger-Lehmann vor § 2058, 2; Lange § 52 I 2; Kipp-Coing § 121 II). Wenn man ihr folgt, ergibt sich aber gleichfalls die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Nachlaßverwaltung bei automatischer Nachlaßteilung, weil § 2059 I nie anwendbar war.

b) Überprüft man die Gründe, die zur Versagung der Nachlaßverwaltung nach der Teilung geführt haben, so zeigt sich, daß die Redaktoren des BGB davon ausgegangen sind, zwischen dem Erbfall und der Erbteilung liege eine gewisse Zeit, in der die Miterben Gelegenheit hatten, die Verbindlichkeiten nach § 2046 BGB zu berichtigen oder Rückstellungen zu bilden ¹. Diese Möglichkeit besteht bei einer ipso iure bereits im Erbfall eintretenden Nachlaßteilung nicht ². Die Motive des generellen Verbots der Nachlaßverwaltung nach der Nachlaßteilung stehen ihrer Zulassung im konkreten Sonderfall daher nicht entgegen.

Auch die Konsequenzen einer Nachlaßverwaltung über die bereits geteilten Gesellschaftsanteile sind nicht derart schwerwiegend, daß die Verwaltung deshalb ausgeschlossen sein müßte. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verlieren die Erben die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu

¹ Mugdan 5 Prot. S. 520 oben, Denkschrift S. 863 Abs. 2; Staudinger-Lehmann § 2062 RdNr. 4

² Siber sieht den Grund für die Versagung der Nachlaßverwaltung nach der Teilung weniger im Strafzweck der Haftungerschwerung als darin, daß die Erben eben mit der Teilung den Willen bekundet hätten, sich zu trennen. Diese willentlich vollzogene Aufteilung des Vermögens spreche auch de lege ferenda gegen die Eröffnung der Nachlaßverwaltung nach der Teilung, weil damit der Auseinandersetzungserfolg rückgängig gemacht werde. Auch diese Erwägung greift hier nicht durch, weil die automatische Aufteilung des Gesellschaftsanteils eben nicht willentlich von den Erben herbeigeführt wird.

verfügen (§ 1984 I 1 BGB). Diese Befugnis geht auf den Nachlaßverwalter über, der die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen hat (§ 1985 I). Zu den Befugnissen des Nachlaßk o n k u r sverwalters - Konkurs wäre bei Überschuldung auch nach der Teilung zulässig - besteht insoweit kein Unterschied (§ 117 KO). Der Konkursverwalter hätte sogar weitergehende Rechte. Gemessen an der Möglichkeit des Konkurses ergeben sich daher keine prinzipiellen Bedenken gegen die Zulassung der Nachlaßverwaltung ¹.

- c) Dem einzelnen, als Gesamtschuldner in Anspruch genommenen Miterben wäre mit der Möglichkeit einer Nachlaßverwaltung auch nach der Teilung nicht geholfen, wenn er für den Antrag auf Anordnung der Verwaltung die Mitwirkung aller Miterben brauchte, wie § 2062 BGB das vorsieht. Selbst wenn er im Innenverhältnis gegen die Miterben einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Antragstellung hätte, würde ihn das im Außenverhältnis zu den Gläubigern nicht schützen. Eine wirksame Haftungsbeschränkung stellt

¹ Die grundsätzlichen Schwierigkeiten, die sich aus der Fremdverwaltung von Personengesellschaftsbeteiligungen ergeben, sind für Nachlaßverwaltung und Konkursverwaltung die gleichen, vgl. Lange § 51 II 4 d mwN, also kein spezifisches Problem der Nachlaßverwaltung und können daher hier außer Betracht bleiben.

die Nachlaßverwaltung also erst dar, wenn der einzelne Miterben-Gesellschafter sie allein herbeiführen kann.

Die Notwendigkeit eines gemeinschaftlichen Antrages der Erben auf Anordnung der amtlichen Nachlaßverwaltung ist das Korrelat der erbgemeinschaftlichen Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß ¹. Wenn die Erben den Nachlaß und die Verbindlichkeiten gemäß §§ 2032 ff BGB gemeinsam regulieren wollen, sollen sie daran nicht durch den Antrag eines einzelnen Miterben auf Anordnung einer amtlichen Verwaltung gehindert werden ². Bei automatischer Aufteilung des Nachlasses im Erbfall kann es diese gemeinsame Verwaltung und Schuldenregulierung durch die Erbengemeinschaft nicht geben; der alleinige Verwaltungsantrag eines Erben kann mit ihr nicht kollidieren, ist also zuzulassen.

- d) Die Unzulässigkeit der Nachlaßverwaltung nach Teilung des Nachlasses gilt nach h.M. allgemein, also auch für die Gläubiger ³. Die automatische Teilung des Nachlasses durch Teilung des Gesell-

¹ Staudinger-Lehmann § 2062 RdNr. 1

² Mugdan 5 Prot. S. 519 unten XV; Riesenfeld I S. 194 oben

³ vgl. Staudinger-Lehmann § 2062 RdNr. 4

schaftsanteils benachteiligt daher auch die Gläubiger. Ihnen wird einerseits die Möglichkeit genommen, auf den ungeteilten Nachlaß nach § 2059 II BGB zuzugreifen, andererseits können sie nicht vor der Teilung durch Antrag auf Anordnung der Verwaltung nach § 1981 II BGB die Eigengläubiger der Miterben von einer Pfändung des dem Erben zugefallenen Nachlaßanteils abhalten und auf diese Weise den Nachlaß ihrem Zugriff sichern. Der nach der Teilung den Gläubigern zur separatio bonorum allein gegebene Weg des Nachlaßkonkurses ist nicht gangbar, wenn der Nachlaß nicht überschuldet ist. Einen solventen Nachlaß, d.h. wertvolle Gesellschaftsanteile, könnten die Gläubiger also nicht dem Zugriff der Eigengläubiger eines verschuldeten oder leichtfertigen Erben entziehen, obwohl nach § 1981 II BGB gerade die Gefährdung des Gläubigeranspruchs durch die Vermögenslage eines Erben ein Grund zur Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Gläubigerantrag ist. Die Nachlaßgläubiger müssen daher im Falle einer Aufteilung des Nachlasses ipso iure ihre Rechte durch Herbei-

führung der Nachlaßverwaltung auch nach der
Teilung herbeiführen können^{1, 2}.

- e) Hat ein Alleinerbe das Recht zur Haftungsbeschränkung verloren, kann er auch keine Nachlaßverwaltung mehr beantragen (§ 2012 I 2 2. Halbsatz BGB). Die h.M., die von der prinzipiellen Notwendigkeit eines gemeinschaftlichen Antrags ausgeht, folgert daraus, daß der unbeschränkt haftende Miterbe bei dem gemeinschaftlichen Antrag nicht mitwirken könne, eine Nachlaßverwaltung also bei unbeschränkter Haftung auch nur eines Miterben unzulässig sei³.

Gegen diese Konsequenz spricht, daß der Sinn der Notwendigkeit eines gemeinschaftlichen Antrages auf Anordnung der Nachlaßverwaltung damit in sein Gegenteil verkehrt würde. Die Notwendigkeit des gemeinschaftlichen Antrags nach § 2062 BGB soll die Miterben vor der Willkür eines einzelnen von ihnen schützen und ihnen die gemeinsame Verwaltung erhalten.

¹ so ganz allgemein für den Fall der Teilung
Wilke § 2062, Anm. 2

² Der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht hat sich 1939 de lege ferenda für eine Ausdehnung der Nachlaßverwaltung ausgesprochen
(Lange-Körpe S. 204):

"Im Laufe dieser Beratung entschied sich jedoch die Mehrheit dahin, auch nach der Teilung die Nachlaßverwaltung noch ebenso zuzulassen wie den Konkurs ... Diese Lösung ist in der Tat am besten geeignet, eine Haftungsbeschränkung des Miterben herbeizuführen, die für die Gläubiger tragbar ist. Diese Nachlaßverwaltung soll auf Antrag eines Gläubigers und eines Miterben nach Ermessen des Nachlaßgerichts solange zulässig sein, als nicht alle Miterben unbeschränkt haften".

³ statt aller Staudinger-Lehmann, § 2062, 1; Palandt-Keidel § 2062, 1

Verliert nun ein Miterbe die Beschränkbarkeit seiner Haftung, müßten die Konsequenzen der aus §§ 2062, 2013 BGB folgenden Unzulässigkeit der Nachlaßverwaltung alle Miterben tragen; der in § 2062 BGB beabsichtigte Schutz der Erbgesamtheit würde zur unbeschränkbaren Haftung aller Miterben führen, wenn die Voraussetzungen für die Beschränkungsmittel, Konkurs und Dürftigkeitseinrede nicht gegeben sind. Die Nachlaßverwaltung muß daher auch noch zulässig sein, wenn zwar einzelne, aber nicht alle Miterben unbeschränkbar haften ¹.

Schließlich spricht für die Zulassung der Nachlaßverwaltung auch bei unbeschränkter Haftung eines oder einzelner Erben, daß den Miterben die durch die automatische Teilung entgangene korrespondierende Beschränkungsmöglichkeit nach § 2059 I BGB auch gegeben gewesen wäre, wenn für einzelne Erben unbeschränkte Haftung eingetreten wäre. Das zeigt § 2059 I 2 BGB. Betrachtet man die Nachlaßverwaltung als Ersatz für die Beschränkungsmöglichkeit nach § 2059 I BGB, muß sie in demselben Umfang wie diese, also auch

¹ So Riesenfeld § 194, II 37; Kipp-Coing § 121 II 1; Siber S. 108 hält die Lösung der h.M. auch für unbillig, meint aber, erst de lege ferenda helfen zu können.

bei unbeschränkter Haftung einzelner Miterben,
zulässig sein.

Lediglich der unbeschränkt haftende Miterbe
kann den Antrag auf Nachlaßverwaltung nicht mehr
stellen, weil eine Nachlaßverwaltung seine
Haftung nicht beschränkt. Seinem Antrag auf An-
ordnung der Verwaltung würde das Rechtsschutz-
interesse fehlen.

4. Schutz des unbeschränkt haftenden Miterben
analog § 2059 I 2 BGB ?

Zu fragen ist, ob dem bereits unbeschränkt
haftenden Miterben bei automatischer Teilung des
Nachlasses ein Ersatz für das vor rechtsgeschäft-
licher Teilung gegebene Haftungsbeschränkungsmittel
des § 2059 I 2 BGB zu gewähren ist. Danach ist der
Miterbe, der die Möglichkeiten zur Haftungsbe-
schränkung verloren hat, bis zur Teilung nur hin-
sichtlich einer Teilschuld, die seiner Erbquote
entspricht, der unbeschränkbaren Haftung unter-
worfen.

Bei einer Teilung ipso iure im Erbfall erhält der Miterbe zwar sofort aus dem Nachlaß den aufgespaltenen Gesellschaftsanteil, kann sich also zumindest aus dessen Verwertung die Mittel zur Gläubigerbefriedigung beschaffen. Er steht aber insoweit schlechter als ein unbeschränkt haftender Miterbe vor rechtsgeschäftlicher Teilung, als dieser wegen der über seine Quotenschuld hinausgehenden Nachlaßschuld die Regulierung aus dem Nachlaß nach § 2046 BGB vor Teilung betreiben konnte. Damit konnte er vorsorgen, daß die nach erfolgter Teilung auf ihn als Gesamtschuldner zukommenden Verbindlichkeiten soweit wie möglich abgedeckt würden. Diese Möglichkeit hat der Miterbe bei automatischer Nachlaßteilung nicht, weil es einen Zustand vor der Teilung nicht gibt. Die etwa auf Antrag eines anderen Miterben anzuordnende Nachlaßverwaltung würde an der Gesamtschuldverpflichtung des einzelnen Erben nichts ändern ¹.

Eine analoge Anwendung von § 2059 I 2 BGB muß jedoch aus zweierlei Gründen ausscheiden: Die Berufung des unbeschränkt haftenden Miterben auf

¹ Kipp-Coing § 121 II 1 aE

§ 2059 I 2 BGB ist auf die Zeit bis zur Teilung beschränkt. Während dieser Zeit können die Gläubiger sich an den ungeteilten Nachlaß halten (§ 2059 II BGB). Beides ist hier ausgeschlossen, weil mit der Aufspaltung des Gesellschaftsanteils der Nachlaß sofort und endgültig aufgeteilt wird. Eine Haftungsbeschränkung analog § 2059 I 2 BGB wäre daher endgültig, machte also den Eintritt der unbeschränkten Haftung rückgängig. Außerdem hätten die Gläubiger keine Möglichkeit, nach § 2059 II BGB den ungeteilten Nachlaß anzugreifen, wie das in § 2059 I 2 BGB vorausgesetzt wird.

Der in unbeschränkte Haftung gefallene Miterbe haftet also vom Wegfall der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit an völlig unbeschränkt.

Zusammenfassung:

Besteht der Nachlaß nur aus dem Gesellschaftsanteil, tritt mit dem Erbfall zugleich Erbteilung ein. § 2059 I BGB ist deshalb nicht anwendbar. Entgegen § 2062 BGB, der eine Nachlaßverwaltung nach der Teilung ausschließt, kann jeder Miterben-Gesellschafter zur Beschränkung seiner Haftung die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen, da die Haftungsbeschränkungsmöglichkeit nach § 2059 I BGB dem Miterben durch die automatische Teilung verloren geht.

Anhang: Erblasser ohne sonstiges Vermögen
 ist an mehreren Personalgesell-
 schaften beteiligt.

Der Vollständigkeit halber und gewissermaßen zur Kontrolle der bisher gefundenen Ergebnisse sei der Fall gebildet, daß der Erblasser kein anderes Vermögen besaß außer Beteiligungen an mehreren Personengesellschaften, die kraft Nachfolgeklausel mit seinen Erben - einzelnen oder allen - fortgesetzt wurden.

Hier tritt mit dem Erbfall genauso eine "gesetzliche" Teilung des Nachlasses ein, als wäre der Erblasser nur an einer Gesellschaft beteiligt gewesen. Ein ungeteilter Nachlaß verbleibt nicht. Die Miterben-Gesellschafter geraten sofort in die persönliche Haftung aus § 2058 BGB, ohne auf das Vorhandensein sonstiger Vermögensstücke im Nachlaß verweisen zu können. Alle Gesellschaftsbeteiligungen sind wegen der jeweiligen automatischen

Teilung gar nicht erst einer erbgemeinschaftlichen Gesamthandsbindung unterworfen worden, sondern unmittelbar den berufenen Erben als Eigenvermögen zugefallen.

Die Situation unterscheidet sich also nicht von derjenigen, die bei der Beteiligung des Erblassers an nur einer Gesellschaft gegeben war. So wie dort zur Vermeidung einer unverdienten persönlichen Haftung der Erben-Gesellschafter die Nachlaßverwaltung zugelassen werden mußte und konnte, besteht auch ein Bedürfnis für diese Lösung, wenn die Erben anders nicht vor unbeschränkbarer persönlicher Haftung als Gesamtschuldner geschützt werden können.

Ergebnisse

1. Der Anteil an einer Personengesellschaft fällt durch eine Nachfolgeklausel mehreren berufenen Erben unmittelbar geteilt zu.
2. Besteht der Nachlaß neben dem Gesellschaftsanteil aus weiteren Werten von Bedeutung, tritt mit der Aufspaltung der Beteiligung keine Teilung des Nachlasses als solchen ein. Die Gläubiger können trotz § 2059 I 1 BGB in den geteilten Gesellschaftsanteil vollstrecken, weil die ererbte Beteiligung kein echtes Eigenvermögen des Erben ist. Der Miterben-Gesellschafter kann jedoch seinen Gesellschaftsanteil durch Zahlung des Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthabens ablösen. Ist das geschehen, hat der Erbe die Rechte aus § 2059 I 1 BGB und kann weitere Zugriffe abwenden.
3. Besteht der Nachlaß nur aus einem oder mehreren Gesellschaftsanteilen, wird er im Erbfall ipso iure unter die zur Nachfolge berufenen Miterben verteilt. § 2059 I BGB kann nicht eingreifen. Stattdessen können Erben und Gläubiger zur Haftungsbeschränkung trotz der Teilung die Nachlaßverwaltung herbeiführen, weil die Beschränkungsmöglichkeit aus § 2059 I BGB nicht zum Zuge kommt.

Lebenslauf

Ich bin am 25. Oktober 1940 als erster Sohn des Anwaltsassessors Friedrich Kieserling und seiner Ehefrau Marta geb. Middendorf in Hamm/Westfalen geboren. Nach neunjährigem Besuch des Staatlichen humanistischen Gymnasiums in Hamm legte ich dort am 3. März 1959 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich Jura, und zwar drei Semester in Freiburg, ein Semester in Berlin und vier Semester in Münster. Am 29. Juni 1943 bestand ich in Hamm das Referendarexamen und am 12. Mai 1967 in Düsseldorf das Assessorexamen. Seit 1969 bin ich in der dritten Generation meiner Familie Anwalt am Oberlandesgericht Hamm und hoffe, daß dieses seit über 150 Jahren bestehende Gericht die gegen seine Existenz gerichteten Justizreformbestrebungen überdauert.

